Netherlands

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE.
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

2e Deel.

Vierde naar aanleiding van de wet van 1896 no. 103 herziene druk.

BOEKHANDEL EN DRUKKERIJ
VOORHEEN
E. J. BRILL.
LEIDEN — 1901.

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE.
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

2e Deel.

Vierde naar aanleiding van de wet van 1896 no. 103 herziene druk.

BOEKHANDEL EN DRUKKERIJ,
VOORHEEN
E. J. BRILL.

LEIDEN. — 1900.

INHOUD VAN HET TWEEDE DEEL.

HOOFDSTUK VI

HET RECHTSGEDING IN EERSTEN AANLEG IN ZIJN EENVOUDIGSTEN LOOP.

AFDEELING I.

Het instellen van den eisch.

AFDEELING II.

De verwering en de daaruit ontstaande strijd.

AFDEELING III.

De beslissing des rechters.

AANWIJZING

DER BLADZIJDEN, WAAR DE ARTIKELEN DER VERSCHILLENDE WETTEN EN WETBOEKEN IN HET TWEEDE DEEL AANGEHAALD WORDEN.

GRONDWET 1815

GRONDWET 1848.

GRONDWET 1887.

WET VAN 16 MEI 1829 OMTRENT DE AFSCHAFFING DER NOG IN WERKING ZIJNDE WETBOEKEN ENZ. *Staatsblad* n°. 33.

WET OP DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE.

REGLEMENTEN TER VOLDOENING AAN ART. 19 R. O.

REGLEMENT N°. 1.

Reglementen ter voldoening aan art. 19 R. O.

Reglement n°. 1.

Reglement n°. 3.

Reglement n°. 4.

Wet houdende algemeene bepalingen van wetgeving.

Burgerlijk wetboek.

BURGERLIJK WETBOEK.

WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

FAILLISSEMENTSWET.

WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Wetboek van burgerlijke Rechtsvordering.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Wetboek van Strafvordering.

Wetboek van Strafrecht.

Tarief van Justitiekosten in burgerlijke zaken.

Loi sur l'enregistrement du 22 frimaire an 7.

Tekst van titel VIII en IX. bl. 170 vv.

Loi relative a la perception des droits d'enregistrement du 27 ventôse an 9

*) Art. 13 dezer nu ingetrokken wet is thans art. 49 der wet van 10 November 1900 houdende algemeene regels omtrent het waterstaatsbestuur. Staatsbl. no. 176.

VERBETERINGEN.

Bl. 8 r. 5, v. o. staat: 1275, lees: 1274.
„ 83 r. 7, v. b. „ 135, § 3 „ 138.
„ 127 r. 11, v. o. „ art. 4. „ art. 47.
„ 127 r. 1. v. o. „ 368 „ 369.
„ 230 r. 6, v. b. „ Anders....1892," welke zinsnede moet vervallen.
„ 238 r. 6, v. b. „ 146, lees 146 (*oud*).
„ 253 r. 20, v. b. Het hier aangehaalde art. 13 is thans art. 49 der wet van 10 November 1900 Staatsbl. n°. 176.
„ 273 r. 3, v. b. staat: 135, lees: 132.

HOOFDSTUK VI.

HET RECHTSGEDING IN EERSTEN AANLEG IN ZIJN EENVOUDIGSTEN LOOP.

De handelingen van het proces bestaan in hoofdzaak uit: het instellen van den eisch; de verdediging en den daaruit ontstanen strijd; de bewijsvoering; het wijzen van het vonnis; de gerechtelijke tenuitvoerlegging van het vonnis. Neemt men het proces in de beperkte, meest gewone, beteekenis dan valt de tenuitvoerlegging van het vonnis daarbuiten. Ook komt de bewijsvoering niet altijd te pas en, waar zij te pas komt, maakt zij niet altijd het voorwerp van een afzonderlijke handeling uit. Hoe dit zij, wanneer men het proces in zijn eenvoudigsten loop beschouwt, dan ligt de bewijsvoering als afzonderlijke handeling daarbuiten, maar ook alle andere incidenten, waartoe de verdediging en de daaruit ontstane strijd aanleiding kunnen geven en die het proces min of meer verwikkelen. Het eenvoudigst kan het proces afloopen, wanneer de verdediging eenig en alleen tegen het rechtelijke element van den grondslag van den eisch (verg. Dl. I bl. 305 v.) gericht is. Ofschoon zulk een eenvoudige afloop niet het meest in de praktijk voorkomt, is het toch, om tot een heldere voorstelling van den gang van het proces te geraken, van belang om met de kennis daarvan een aanvang te maken. Dientengevolge splitst zich het onderwerp van dit hoofdstuk als van zelf in drie deelen, die ik in afzon-

derlijke afdeelingen zal behandelen: 1°. het instellen van den eisch; 2°. de verdediging en de daaruit ontstane strijd; 3°. de beslissing des rechters.

AFDEELING I.

HET INSTELLEN VAN DEN EISCH.

§ 55. DE DAGVAARDING IN HET ALGEMEEN.

Dagvaarding, de vorm voor het instellen van den eisch.

Hij die beweert een recht te hebben, in welks genot hij door een ander verhinderd wordt, maakt van de in dat recht liggende bevoegdheid om het bij den rechter te handhaven gebruik, door een eisch in te stellen.

De vorm, waarin dit geschiedt, is gewoonlijk eene dagvaarding. De eischer of aanlegger daagt zijne tegenpartij (gedaagde of verweerder) voor den rechter; d. w. z., hij doet den gedaagde door een dienaar van het openbaar gezag (een deurwaarder) oproepen om op een bepaalden dag voor den rechter te verschijnen, ten einde den aan hem bij die oproeping kenbaar gemaakten eisch door den rechter te hooren toewijzen.

Verg. § 29.

Hij die beweert een recht te hebben. Bij het instellen van een eisch komt het er allereerst op aan dat men van zijn goed recht overtuigd zij. Hangt het dan geheel van den rechthebbende af om zijn recht al of niet te doen gelden, zoo dat hij daartoe niet genoodzaakt kan worden (§ 14, I bl. 110 v.), eene andere vraag is of en in hoeverre er een zedelijke plicht kan bestaan, zoowel om tot het rechtsmiddel zijne toevlucht te nemen als om daarvan af te zien. Wat het eerste punt betreft herinner ik JHERING's brillante monografie: Der Kampf ums Recht, Weenen 1874 (Ned. vert. van Mr. G. A. VAN HAMEL Leiden 1874) waarover mijn opstel in „de Gids" 1874 n°. 5. Ik bepaal mij hier over te schrijven wat ik daar op blz. 217 schreef: „Geen burger, die op den naam van een goed huisvader wil aanspraak maken, zal voorzeker een proces aanvaarden zonder den raad van een rechtsgeleerde te hebben ingewonnen, over de vraag of hetgeen hij beweert zijn recht te zijn, recht is naar de wet; ook is over de beslissing der vraag of hij een proces zal voeren, het overleg met een rechtsgeleerden raadsman alleszins aan-

bevelenswaardig, waar het alleen en op niets anders dan op eene quaestie van geldelijk belang aankomt, gelijk in vele gevallen plaats heeft. Maar hier houde het consult van den rechtsgeleerde als zoodanig op! Waar het gekrenkt rechtsgevoel moet werken, daar moet ieder zijne eigene overtuiging, de inspraak van zijn eigen geweten volgen; hij toetse die desnoods aan de overtuiging van een vertrouwd vriend, maar hij ga daarvoor niet te rade bij een rechtsgeleerden raadsman als zoodanig!" Toch valt het niet te ontkennen dat, waar de overtuiging van eene geledene rechtskrenking de handhaving van het gekrenkte recht tot een plicht maakt, op de nakoming van dien plicht verlammend kan werken de overweging, welke reeds DAMHOUDER in zijne Praxis rerum civilium cap. XXVII § 4 den rechtzoekenden voorhoudt: „id quod consistit aut pendet in ore et arbitrio iudicis, advocatorum, testium et similium, id plerumque consistit et haeret in dubio."

Het instellen van den eisch door eene dagvaarding is de algemeene regel bij art. 1, B. R. gesteld. Niettemin komen er enkele uitzonderingen voor. Zoo maakt de aard der reconventie (zie I bl. 381, III § 79) de dagvaarding overbodig. Bij de tusschenkomst in een geding, die in eene zelfstandige vordering van een derde bestaat, valt eene dagvaarding weg omdat de partijen tegen wie geageerd wordt reeds in lite tegen over elkander staan. Zie art. 285 Dl. III § 81. In enkele andere gevallen wordt de dagvaarding vervangen door een aan den rechter gericht of bij hem ingediend verzoekschrift. De tusschenkomst in eene executie van onroerend goed geschiedt bij een verzoekschrift, art. 539. Op gelijke wijze wordt, zooals art. 847 B. R. het zegt, „de rechtsvordering uit hoofde van rechtsweigering aangelegd." Ook wordt de vordering tot ondercuratelestelling wegens krankzinnigheid of wegens verkwisting bij een verzoekschrift gedaan volgens art. 488 en 490 B. W. De aanvraag tot faillietverklaring door schuldeischers geschiedt bij verzoekschrift waarbij tevens verzoek tot verzegeling van den boedel wordt gedaan. Evenzoo het beroep van den schuldenaar die op het verzoek gehoord werd en dat der schuldeischers bij afwijzing; ook het hooger beroep van de afwijzing eener faillietverklaring op eigen aangifte, en van de nietigverklaring der faillietverklaring op een daartegen gedaan verzet en het verzet tegen eene faillietverklaring. Art. 4, 8, 9, 10 faillissementswet. Op dezelfde wijze wordt de vordering tot ontbinding van een accoord in faillissement aangebracht. Art. 166 dier wet. Doch daar heeft men met rechtspleging van een bijzonderen

aard te doen. Eindelijk vervalt de dagvaarding in die geschillen, welke door een verwijzing van den rechter-commissaris naar de openbare terechtzitting aan het rechterlijk college worden onderworpen. Dit heeft plaats bij geschillen over de verdeeling van de opbrengst eener executie, art. 486, 558, 581 B. R., geschillen bij de verificatie van schuldvorderingen, bij verzet tegen de uitdeelingslijst in faillissement, art. 122, 185. Ook bij verzet tegen de homologatie van het accoord valt de dagvaarding weg, art. 150 faill.wet.

Vermits het instellen van den eisch de eerste handeling is van het rechtsgeding, kan men terecht zeggen, dat het geding aanvangt met eene dagvaarding. Onze wetgever drukt dit in art. 1 B. R. uit met te zeggen: „elke rechtsingang vangt aan met eene dagvaarding." Men stelde deze uitdrukking in de plaats van „elke rechtsvordering wordt gedaan bij eene dagvaarding" omdat op den regel aldus gesteld uitzonderingen voorkwamen. (Zie v. d. Honert op § 1 B. R. bl. 156). Men vergat dat op den regel in de nieuwe formule eveneens uitzonderingen zijn en gaf de voorkeur aan eene bij het burgerlijk proces vreemde uitdrukking, in dit verband moeilijk goed te keuren. De ingang vangt aan, maar waarmede eindigt die ingang? Boven rechtsingang ware hier rechtsgang (instantie) verkieslijk geweest. Beter past het woord rechtsingang in art. 1 Regl. IV in tegenstelling van de instructie van het geding.

Aanm. Al denkt men bij eene dagvaarding in de eerste plaats aan het instellen van een eisch, zoo dient toch in het oog gehouden dat ook tot andere doeleinden eene dagvaarding kan strekken. Zij is in het algemeen de acte waarbij iemand wordt opgeroepen om voor den rechter te verschijnen. Oproepingen van getuigen tot aflegging van getuigenis voor den rechter geschieden bijv. ook bij dagvaarding. De wetgever had hieraan bij de samenstelling van de eerste afdeeling van tit. I behooren te denken.

Is een bevel of verlof noodig?

De deurwaarder brengt de dagvaarding uit ten verzoeke des eischers, zonder rechterlijk bevel. Slechts in enkele gevallen wordt een verlof des rechters tot dagvaarden vereischt.

De eischer doet alzoo dagvaarden, en de deurwaarder handelt hier als de officiëele bode der partijen, rechtsbode. Zie over zijne bevoegdheid en de verrichting zijner werkzaamheid door een bijzon-

der persoon (art. 16 B, R.) I, bl. 204 v. Dientengevolge kan de dagvaarding ook nog in dien zin de eerste acte van het geding genoemd worden, dat daaraan geene andere behoeft vooraf te gaan. Zoo is bij ons vervallen het nog in het Wetboek van Koning LODEWIJK opgenomen en door enkele leden der Tweede Kamer verlangde verlof van den rechter tot dagvaarding; art. 559--564 van het aangehaalde wetboek.

Ook het wetboek van 1799 bepaalde dit voor de rechtbanken en Hoven in tit. III van de manier van procedeeren voor de burgerlijke rechtbanken enz. Het was overeenkomstig met hetgeen de oudhollandsche rechtspleging bij de dagvaarding voor het Hof van Holland en voor den Hoogen Raad voorschreef.

Het verzoek om verlof kon aanleiding geven tot bevrediging der partijen (v. D. LINDEN, Jud. Practijcq I bl. 113) en op grond daarvan werd het door enkele leden der Tweede Kamer verlangd. Zie v. D HONERT l. c.

In Frankrijk was reeds onder de ordonnantie van 1667 de noodzakelijkheid van een verlof des rechters, behalve bij de hoogere gerechten, vervallen (art. 10, 12 en 13 van tit. II); bevrediging schijnt daarmede echter niet in verband te hebben gestaan; doch de Code de procédure had de gedwongen poging tot minnelijke schikking bij den vrederechter, die in den regel aan elk geding voor de rechtbank in eersten aanleg moest voorafgaan, uit de wet van 16/24 Aug. 1790, tit. X, (Bijl. tot Dl. I, bl. XLVII) overgenomen. Onder den invloed van die wet werden blijkbaar de bepalingen van de Algemeene Manier van procedeeren van 1799 (art. 1—3 van de instructie en manier van procedeeren voor de vrederechters) opgesteld, al had men in Frankrijk, door een brief van VOLTAIRE, met hollandsche instellingen van dien aard kennis gekregen. GLASSON Les sources de la procédure civile française p. 114. Want onze oudvaderlandsche instellingen, die het bevredigen der partijen ten doel hadden, hadden toch een geheel ander karakter dan dat van den concilieerenden vrederechter der Franschen. Zie Prof. VAN ASSEN, het collegie van Vredemakers te Leiden in N. Bijdr. t. Rechtsgel. (1851) bl. 72—100, waar ook de door GLASSON vermelde brief van VOLTAIRE Oeuvres T. XXX, 1, ed. de Paris 1785, wordt aangehaald op bl. 77. De fransche instelling die reeds in de Wetg. van Koning LODEWIJK niet werd opgenomen, had bij de vaststelling van ons Wetboek alle crediet verloren, v. D. HONERT op § 19 B. R. Ook zulk eene beproeving van verzoening gaat alzoo bij ons niet aan de dagvaarding vooraf.

Het verlof des rechters is bij uitzondering noodig tot het instellen van den eisch tot scheiding van goederen, van dien tot echtscheiding en tot scheiding van tafel en bed om een bepaalde oorzaak, behalve die van art. 264 n°. 3; art. 804, 805, 816, 817, 826 B. R. art. 265 B. W.; met het bepaalde doel om eene bevrediging tusschen de partijen te bewerken, art. 805, 819, 826 B. R.

In andere gevallen is een verlof des rechters noodig, niet alleen om de dagvaarding zelve, maar ook om bijkomende redenen, als daar zijn: *a.* bij eene vordering tot verklaring van vermoedelijk overlijden, art. 523, 549 B. W. Het verlof des rechters is hier noodig, opdat blijke dat de door de wet gestelde vereischten aanwezig zijn en tevens omdat de termijn voor de dagvaarding van de omstandigheden, ter beoordeeling des rechters, afhankelijk kan zijn. Overigens wordt hier wel van een vordering en van een eisch tot verklaring van vermoedelijk overlijden gesproken, doch 't geldt hier een verzoek dat daartoe aan den rechter gedaan wordt. Bij de vordering tot het doen van rekening aan eene massa belanghebbenden, of aan gedeeltelijk onbekende of afwezige belanghebbenden, art. 784 en 785 B. R. Het verzoek geldt hier in 't bijzonder de bepaling van een bekwamen termijn naar gelang van den vermoedelijken afstand der woon- en verblijfplaatsen der belanghebbenden en maatregelen te nemen tot openbaarmaking van de dagvaarding. In vergelijking met art. 4. n°. 7 bevat art. 785 eene bijzondere bepaling. Ook bij revisie komt het voor, dewijl de dag tegen welken gedagvaard wordt door den H. Raad moet worden bepaald, in verband met de aanwijzing van raden-commissarissen, te wier overstaan de dingtalen moeten worden gevoerd.

b. om van den regel betreffende den termijn of tijd van dagvaarding af te wijken, art. 5, 7 § 3, 14, 15 B. R.

c. Bij een verzoek tot aanvulling of verbetering van de registers van den burgerlijken stand heeft geen dagvaarding plaats zonder een voorafgaand verzoek, omdat hier alleen op bevel des rechters eene oproeping van belanghebbenden plaats heeft, art. 830 B. R.

Eindelijk komt nog een verlof des rechters te pas in zooverre sommige personen zijne machtiging behoeven tot het instellen eener vordering of het voeren van een geding in het algemeen. Cf. art. 167, 169, 461, 463 B. W., art 68 j° 72 faillissementswet.

In het geval bij art. 697 B. R. bedoeld, moet het proces-verbaal van den notaris aan de dagvaarding voorafgaan, omdat alleen op die

wijze het bestaan van een geschil dat tot dagvaarding en alzoo tot het geding aanleiding geeft, mag geconstateerd worden.

Wil de eischer van een conservatoir middel gebruik maken, dan zal ook dit voorafgaan aan de dagvaarding, waarbij de eisch ingesteld en de van waardeverklaring van het aangewende middel gevorderd wordt. Verg. Hoofdst. IV afd. 3. Dl. I bl. 333.

Of er eene aanmaning (sommatie) aan de dagvaarding moet voorafgaan is eer eene vraag van materieel dan van formeel recht. Hare beantwoording is afhankelijk van de volgende vragen: 1°. of het recht zelf dat de eischer wil doen gelden van een in gebreke zijn des gedaagde afhankelijk is (rechtsgevolgen der mora), 2°. of tot dit laatste eene ingebrekestelling vereischt wordt; 3°. of niet in de dagvaarding zelve eene ingebrekestelling ligt. Bij de ontkennende beantwoording der laatste vraag behoeft ingebrekestelling daarom nog niet in eene afzonderlijke acte opgenomen te worden. Dit neemt niet weg dat het veelal raadzaam zijn kan om eene sommatie aan de dagvaarding te laten voorafgaan en dat het soms noodzakelijk is, wanneer nl. de wet een termijn voorschrijft, welke na de ingebrekestelling verloopen moet, vóórdat de actie kan ingesteld worden zooals in art. 780 § 2 B. W. art. 702 B. R. Wanneer men met DIEPHUIS N. B. R. VIII n°. 495 van oordeel is dat aan de vordering tot aflossing eener gevestigde rente in de gevallen van art. 1809 n°. 1 en 2 geene gerechtelijke aanmaning behoeft vooraf te gaan, dan kan toch de geregelde afloop van de zaak er door bevorderd worden, daar anders de verweerder bij zijne verdediging den termijn van 20 dagen zal kunnen inroepen. Naar de redactie van art. 1820, W. 1830, was de niet-noodzakelijkheid van eene sommatie duidelijk omdat de termijn van 20 dagen liep van den dag der rechtsvordering („binnen de twintig dagen te rekenen van de rechtsvordering" „dans les vingt jours à dater de la demande en justice") en de noodzakelijkheid van eene sommatie volgt niet daaruit dat in de plaats van „rechtsvordering" is gesteld „gerechtelijke aanmaning". Immers zegt de wet dat de schuldenaar zich van de verplichting tot aflossing kan ontheffen; die verplichting bestaat dus in de gevallen van art. 1809 n°. 1 en 2, en dus ook de vordering. Maar, terwijl art. 1809 n°. 1 die verplichting tot aflossing eenvoudig doet afhangen van het feit dat er niets betaald is en er derhalve van een in gebreke zijn om te betalen geen sprake

is, zoo wordt de verplichting in n°. 2 afhankelijk gemaakt van het verzuim des schuldenaars om aan den schuldeischer de bij de overeenkomst beloofde zekerheid te bezorgen. Hier behoort dus voor het ontstaan der verplichting tot aflossing, het niet tijdig voldoen (verzuim) aan de verplichting om zekerheid te stellen geconstateerd te zijn en schijnt alzoo eene ingebrekestelling noodig. Daartoe kan evenwel de dagvaarding dienen en het beroep van den gedaagde op den hem toegekenden termijn van 20 dagen worden afgesneden door den dag tegen welken gedagvaard wordt minstens 20 vrije dagen later te stellen. In zijn Systeem XII, bl. 269 handhaaft DIEPHUIS zijn gevoelen met betrekking tot art. 1809 n°. 1, maar over de al- of nietnoodzakelijkheid van eene ingebrekestelling in geval van art. 1809 n°. 2 laat hij zich niet meer uit. — Zie over dit onderwerp Mr. MOM VISCH de rechtsvorderingen van art. 1303 B. W. in verband met de leer der mora debitoris, in Themis 1862, bl. 329 vv. vooral bl. 343 en 349. Volgens Rechtbank te 's Gravenhage, 9 Maart 1897 W. n°. 6957 is ingebrekestelling niet noodig voor acties tot ontbinding eener overeenkomst met schadevergoeding, waar die schadevergoeding wordt gevorderd, als gevolg van het in strijd handelen met de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichting. Daarbij toch is geen sprake van mora maar van culpa aan de zijde van hem die zich verbond. Dezelfde rechtbank achtte ook bij negatieve verbintenissen ingebrekestelling niet noodig, 2 Maart 1894 W. 6573. Zie B.W. art. 1278.

De aanmaning, ook wel, doch min juist, bevel geheeten (art. 1274 B. W.), geschiedt bij een deurwaardersexploit waarop de bepalingen van art. 1 vv. B. R. toepasselijk zijn. In het opschrift van de eerste afd. van tit. I zijn zij onder de exploiten van aanzegging begrepen. Over de vraag of onder bevel of soortgelijke acte in art. 1274 uitsluitend een deurwaardersexploit bedoeld is, zie Mr. C. ASSER Handleiding III, bl. 128, wiens gevoelen ik voor juist houd. Dat de ingebrekestelling zou kunnen geschieden bij brief, zooals de H. Raad aannam bij arr. 9 December 1892 W. 6283, komt mij voor met art. 1275 B. W. „bevel of andere soortgelijke akte" moeilijk overeen te brengen. Zie de opmerking van de Redactie van het W. n°. 6284.

Exploit.

De deurwaarder maakt van zijne verrichtingen eene acte op, exploit van dagvaarding genaamd.

Verg. I bl. 205 en 206. Vermits den deurwaarder een bepaald ressort voor zijne verrichtingen als zoodanig is aangewezen, houdt hij buiten dat ressort op deurwaarder te zijn art. 95, B. R. Art. 1 B. R. spreekt dienovereenkomstig van eene „dagvaarding door een deurwaarder, die tot het exploiteeren in de plaats bevoegd is." Cf. art. 1 en 8 van het reglement n⁰. 4.

Geding zonder dagvaarding.

De mogelijkheid van een geding zonder dagvaarding wordt verondersteld in art. 43 R. O., hetwelk, onder de nadere aldaar gemaakte bepaling, aan partijen de bevoegdheid geeft om zich voor een kantonrechter te hunner keuze aan te melden om zijne beslissing in te roepen, en in art. 99 § 1 B. R., hetwelk die vrijwillige verschijning van de partijen voor den kantonrechter in het algemeen toelaat. Ook in kort geding kunnen de partijen vrijwillig, d. w. z. zonder dagvaarding, voor den president verschijnen, art. 290 B. R.

Art. 43 is wel niet zoo duidelijk op dit punt als art. 7 C. de Pr. hetwelk de wetgever voor oogen had. „Les parties pourront toujours se présenter volontairement devant un juge de paix"; toch ligt in het zich aanmelden der partijen beider vrijwillige handeling duidelijk genoeg opgesloten, vooral wanneer men bedenkt, dat de uitzondering om te procedeeren zonder dagvaarding door de uitleggers van art. 7 altijd op den voorgrond werd gesteld. Art. 11 van de wet van 18/26 October 1790 tit. I. art. 11, waaraan art. 7 ontleend werd, sprak van „volontairement et sans citation". Verg. art. 99 B. R.: „Ten dage en ure bij de dagvaarding bepaald of tusschen partijen bestemd", waarover zie Themis 1874 bl. 30, in de noot. Eene overeenkomst tusschen partijen om een geschil, dat te eeniger tijd tusschen hen uit zekere rechtsbetrekking mocht ontstaan, aan de beslissing van een door hen aangewezen kantonrechter te onderwerpen, maakt dezen dan ook niet bevoegd op grond van art. 43, wanneer eene der partijen weigert om, over een ontstaan geschil, des kantonrechters beslissing mede in te roepen door zich bij hem aan te melden. Kantongerecht n⁰. 2 Rotterdam 29 Juli 1892 W. n⁰. 6245. Daarmede is evenwel niet uitgemaakt, dat de overeenkomst zelve ongeldig zou zijn en de niet-nakoming der verbintenis den gedaagde niet tot schadevergoeding zou verplichten, of de eischer, die in stede van voor den kantonrechter, voor de rechtbank dagvaardde, niet in zijn

eisch, op daartoe voorgestelde exceptie, niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard. De ongeldigheid der overeenkomst trachtte m. i. te vergeefs Prof. DES AMORIE VAN DER HOEVEN te betoogen, in N. Bijdragen III (1853) bl. 379. Liever vereenig ik mij met het aldaar bestreden betoog, uit Vragen van Nederlandsch Regt II bl. 1—5, en met G. D. in Opm. en Med. X bl 39. Verg. het akademisch proefschrift van Mr. J. L. VAN SLOTERDIJCK over art. 43 R. O. Leiden 1894.

Volgens de Rechtbank te Dordrecht, beschikking van 16 December 1896 W. 6908, kan, ingeval van art. 255 B. W., een gemeenschappelijk verzoek gedaan worden en kan daarop zonder partijen te hooren eene beschikking worden gegeven als bij art. 257 bedoeld. Dan is er evenwel geen eisch gedaan, van toestemming door gedaagde in dien eisch kan geen sprake zijn evenmin van eene uitspraak met toewijzing van den eisch; hoe voorts de rechter zal kunnen verklaren dat „aan alle formaliteiten hierboven omschreven is voldaan" art. 258, begrijp ik niet. Misschien is de door den rechter toegelaten en goedgekeurde procedure eenvoudiger en even voldoende of zelfs beter dan de bij de wet voorgeschrevene. Maar zoolang de regeling der procedure niet aan den rechter is opgedragen maar ook aan hem daartoe voorschriften door den wetgever zijn gegeven, kan ik niet aannemen dat de procedure van art. 255 en v. v. B. W. op verzoekschrift mag plaats hebben. De officier van justitie concludeerde m. i. volkomen terecht tot afwijzing van het gedaan verzoek. Vraagt men wellicht, welk openbaar belang kan hierbij betrokken zijn, dan antwoord ik: het openbaar belang dat handhaving vordert van de wet, art. 11, A. B.

Geldigheid van het exploit.

Het exploit van dagvaarding is alzoo de vorm, waarin de eisch wordt ingesteld. De geldigheid van dat exploit is afhankelijk van zoo in- als uitwendige vereischten daaraan bij de wet gesteld. Voorts komen bij het exploit in aanmerking de voorgeschreven tijd en wijze, waarop het moet gedaan worden.

Tot de in de volgende §§ te behandelen bijzonderheden van de dagvaarding behooren alzoo: 1°. de inhoud of de zg. inwendige vereischten; 2°. de tijd en de wijze waarop het exploit moet gedaan worden, waarbij tevens de uitwendige vereischten zullen worden aangewezen. Voorts zijn 3°. te behandelen de termijnen bij de dagvaarding

in acht te nemen; 4°. de nietigheid van de dagvaarding, en 5°. de gevolgen van de dagvaarding.

§ 56. DE INHOUD VAN DE DAGVAARDING.

Overzicht.

De strekking der dagvaarding, in de vorige § beschreven, wijst er als van zelf op, dat in het exploit het volgende moet worden aangewezen:

1°. de eischer; 2°. de gedaagde; 3°. de eisch; 4°. de rechter voor wien, en 5°. de tijd waarop de gedaagde verschijnen moet. Daarbij komt dan nog 6°. de deurwaarder, 7°. de dag waarop het exploit gedaan wordt, en 8°. de persoon aan wien afschrift van het exploit gelaten wordt.

Deze onderscheidene vereischten tot den inhoud worden in art. 5 B. R. opgenoemd. Waar het vooral op aankomt is de wijze waarop een en ander in het exploit moet worden aangewezen.

Eischer.

I. De eischer moet worden aangewezen door de vermelding van zijn naam, voornaam en woonplaats, art. 5 n°. 1.

De persoon des eischers moet zoo duidelijk mogelijk worden aangewezen opdat daaromtrent geen twijfel besta. De gegrondheid der vordering is afhankelijk van den persoon die haar instelt; de gedaagde moet bovendien weten, met wien hij zich door het proces in betrekking stelt. Daarom was de bijvoeging van het beroep, welke in art. 61 C. de Pr. gevorderd werd, niet onnut, en de voldoening aan dien eisch niet bezwaarlijk. Evenwel is zij nu niet noodig. De afschaffing van de patentwet heeft de vermelding van des eischers beroep, in verband met de verschuldigde belasting, ook doen vervallen. De bepaling der patentwet had eene louter fiscale strekking en hare overtreding werd met boete gestraft art. 31 der bij de wet van 1893 n°. 149 op de bedrijfbelasting afgeschafte wet van 31 Mei 1819 n°. 54.

De bijvoeging van woonplaats bepaalt nader den persoon des eischers, doch de betrekkelijke bevoegdheid des rechters is daar soms ook afhankelijk van. Zie art. 97 § 4, 126 § 3, en hierboven I bl. 416.

Keuze van woonplaats.

Bovendien moet worden opgegeven de door den eischer gekozene woonplaats in de gemeente waar de rechter zitting houdt.

Door die keuze van woonplaats wordt, in de gemeente waar het geding gevoerd wordt, eene bepaalde plaats aangewezen, waar de eischer gedurende het geding geacht wordt te zijn en waar hem dus door den gedaagde beteekeningen, enz. tot aan het eindvonnis kunnen worden gedaan, art. 133 § 3. Woont de eischer in die gemeente, dan kan hij aan zijn eigen huis woonplaats kiezen, doch is hij niet van die keuze ontslagen; want de strekking is dat hij voor het geding eene woonplaats aanwijze, die daar blijft, al mocht hij zijne eigenlijke woonplaats veranderen. De keuze van woonplaats is dus in dit geval geene ongerijmdheid, gelijk DE PINTO meent, II bl. 46; en al ware zij dit, het kan geen reden zijn om eene uitdrukkelijk voorgeschreven en zeer wel uitvoerbare formaliteit te verwaarloozen. Evenmin kan dit daarmede goed gemaakt worden dat andere bepalingen, als art. 122, 439, 536, 661, 2°., 668, 672, 1°., B.R., uitdrukkelijk onderscheiden, te minder wanneer weder in andere artikelen het voorschrift, na opzettelijk overleg, in algemeenen, niet onderscheidenden zin gesteld bleef, zooals, in art. 1231 n°. 1 B. W. Zie VOORDUIN IV, bl. 510, 582. Verg. over dit punt ook OUDEMAN I bl. 19. In het ontwerp werd in B. I, tit. 8, art. 8 n°. 1, het voorschrift naar de opmerking van DE PINTO veranderd. Verg. Nieuwe Bijdragen XVI (1866) bl. 554, aant. op art. 8 n°. 1.

Procureur-stelling.

De woonplaats wordt geacht gekozen te zijn bij den procureur, die door den eischer bij het exploit van dagvaarding moet gesteld worden, wanneer de eisch bij een college wordt ingesteld, art. 133 B. R.

In dit vereischte tot den inhoud der dagvaarding wordt het vroeger behandelde beginsel der verplichte vertegenwoordiging toegepast; en de veronderstelde keuze van woonplaats is een gevolg van die vertegenwoordiging. (Zie I. § 22). De woonplaats des procureurs is altijd in de gemeente waar de rechter zitting houdt. Want de procureurs, die hun bestendig verblijf niet hebben in de plaats, waar het college, bij hetwelk zij fungeeren, gevestigd is, moeten ter griffie in die plaats een domicilie aanwijzen, alwaar de beteekeningen aan hen kunnen geschieden. Art. 31 Regl. n°. 3 coll. art. 23 eod.

II. De gedaagde moet worden aangewezen met naam en woonplaats, art. 5 n°. 2 B. R.

Gedaagde.

Dat de voornaam des gedaagde niet wordt vereischt is alleen daarvan het gevolg, dat de wetgever wilde vermijden soms het onmogelijke te vorderen.

Worden gezamenlijke erfgenamen gedagvaard, als zoodanig, dan worden zij als erfgenamen van den met naam aangewezen erflater, en wordt het sterfhuis als laatste woonplaats des erflaters in het exploit vermeld; hunne individuëele namen en woonplaatsen behoeven dan niet aangeduid te worden. Verg. art. 4 n°. 6. Zie beneden § 57 en § 72.

Met de aanwijzing van namen en voornamen heeft de wetgever het oog gehad op natuurlijke personen. Daarmede staat in verband de nadere aanwijzing voor rechtspersonen in de woorden van art. 5 n°. 2. „Indien de eischende of verwerende partij een corporatie, maatschap of handelsvereeniging is, zal deze hare benaming in de plaats van naam en voornaam worden uitgedrukt."

Dat de bepaling onjuist is geredigeerd is duidelijk; dat de bijzondere daarin voorkomende uitdrukkingen niet nauwgezet zijn overwogen, blijkt uit de vergelijking met den franschen tekst in het Wetb. van 1830 (art. 5 n°. 1) en uit de elders niet voorkomende benaming van handelsvereenigingen. Men zou zeggen dat de wetgever het oog moet hebben gehad op rechtspersonen, zoowel stichtingen als zedelijke lichamen, en vereenigingen, die als zoodanig althans persona standi in iudicio hebben, maar dan kan de bepaling op de burgerlijke maatschap niet worden toegepast, die toch in de algemeene uitdrukking begrepen is en ook wel door den wetgever bedoeld schijnt, daar de fransche tekst van 1830, tegenover den met den tegenwoordigen overeenstemmenden holl. tekst, sprak van: „Corporation, société de commerce ou autre". Men zal dan wel met den hoogen Raad (arr. 30 Januari 1874 W. n°. 3687) moeten aannemen dat met „maatschap" de gezamenlijke vennooten zijn bedoeld en dat aan dezen bij art. 5 n°. 2 het recht is toegekend om gezamenlijk onder de bemaning hunner maatschap in rechte op te treden. Het Ontwerp drukt de juiste gedachte, in de terminologie onzer wetgeving, beter en ook vollediger uit door te zeggen: „Indien het exploit geschiedt ten verzoeke van of aan zedelijke lichamen, stichtingen of vennootschappen van koophandel

wordt de benaming van deze daarin uitgedrukt" B. I, tit. 8, art. 7, n°. 4. Dan zou er ook overeenstemming zijn met art. 4 n°. 2 en n°. 4 B. R. — Opmerking verdient dat bij de vaststelling van art. 41 C. de pr. belge: „Les sociétés sont assignées devant le juge du lieu où elles ont leur principal établissement", de Minister van Justitie juist van sociétés in het algemeen en niet meer bepaald van „Sociétés de commerce et Sociétés pour l'exploitation des mines" wilde gesproken hebben, omdat dan de bedoeling om de bepaling te doen slaan op alle „Sociétés ayant la personnification civile et capables ainsi d'ester en justice" beter tot haar recht zou komen. En hij voegde daarbij: „Je ne propose pas de dire: Les Sociétés capables d'ester en justice ou ayant la personnalité civile. Nous n'avons pas en effet, à décider, dans le code de procédure, la question de capacité des diverses sociétés. Il va de soi qu'une société, qui ne peut pas ester en justice ne peut pas être assignée comme société" Pasinomie 1876 p. 150.— Is de bepaling ook van toepassing op coöperatieve vereenigingen die geene handelsonderneming ten doel hebben? Nu de wet (art. 6 wet van 17 Nov. 1876 n°. 277) haar het karakter van rechtspersoon toekent, eene benaming aan den wetgever van 1838 onbekend, zullen zij wel onder de corporatiën gebracht moeten worden.

Wanneer echter deze bijzondere bepaling voor de toepassing van het vereischte der namen noodig is, moet dan ook niet voor woonplaats vereischt worden de plaats harer vestiging? En was er geen nadere aanwijzing noodig omtrent de aanduiding der vertegenwoordigers van deze personen en ook van zoodanige natuurlijke personen die door vertegenwoordigers in rechte optreden? Zooals de wet nu luidt verwierp het Hof te Amsterdam terecht eene exceptie van nietigheid voorgesteld op grond dat de namen der directeuren eener naaml. vennootschap niet vermeld waren in het exploit van dagvaarding. Arr. 12 Oct. 1877, W. v. h. R. n°. 4196, bevestigende een vonnis der rechtbank te Amsterdam d.d. 26 November 1876. De H. Raad besliste in cassatie, met het Hof, dat door de bepalingen der Statuten aan art. 5 n°. 2 B. R. niet kan worden gederogeerd. Zie deze uitspraken in Rechtsg. Bijblad 1878, A, bl. 194—200. Zie ook Tiel 22 Maart 1895 W. 6664. De aanwijzing zou echter in overeenstemming zijn met art. 1692 B. W. a. 17, 44 W. v. K. art. 9 der wet van 17 Nov. 1876 n°. 227. Zoo zal dan ook, niettegenstaande uit alle bijzondere bepalingen betreffende zedelijke lichamen en andere rechts-

personen blijkt, dat zij door hunne organen in rechte optreden, wat het eenige middel is waardoor zij kunnen handelen, naar aanleiding van art. 5 n°. 2 § 2, kunnen verdedigd worden het optreden van den Staat als partij zonder dat blijkt, door welk Staatsorgaan de deurwaarder en de praktizijn die hem hunne diensten bewijzen zijn te werk gesteld! Wettelijke bepaling ontbreekt; voor de provincie en de gemeente hebben de provinciale en de gemeentewet bepalingen gemaakt. Zie Dl. I bl. 178. Terwijl uit deze bepalingen volgt, dat de Commissaris des Konings of de Burgemeester optreedt, zou de aanduiding van deze kwaliteit voldoende kunnen zijn, als niet art. 5 namen en voornamen vorderde. Maar dan moet ook zeker de burgemeester en niet eenvoudig de gemeente gedagvaard worden. Wel besliste de H. R. bij arr. 9 Dec. 1864 W. 2648 in anderen zin, doch terecht OPPENHEIM Gemeenterecht bl. 398. Tegen het gevoelen van den Hoogen Raad wordt dit punt opzettelijk overwogen in vonnis Rotterdam 22 April 1895 W. 6681. Als daarentegen de Staat optreedt in den persoon van een der Ministers wiens Departement de zaak aangaat, behoeft de naam van den Minister niet vermeld te worden, gelijk terecht besliste de Rechtbank 's Gravenhage 18 Maart 1884 W. n°. 5053. Bij de wet van 1886 n°. 104 op de verdeeling van Markgronden wordt dagvaarding van het bestuur voorgeschreven, art. 7, en in verband daarmede in art. 37 § 4 bepaald, dat alle gerechtelijke exploiten worden gedaan aan de besturen. Het verband van deze slotbepaling van art. 37 met de andere deelen daarvan en met art. 5 en 8 wijst op eene aanduiding van de het bestuur uitmakende personen met hunne namen.

De eisch zelf.

III De eisch wordt den gedaagde in het exploit bekend gemaakt door de opgave van middelen en strekking in eene duidelijke en bepaalde conclusie. Art. 5 n°. 3.

Het exploit moet alzoo uitdrukken, wat de eischer verlangt, d. i. het recht, dat hij beweert te hebben en erkend wil zien en datgene wat hem krachtens dit recht toekomt en waartoe hij veroordeeling verlangt. Onze wetgever noemt dit het onderwerp van den eisch, wij spraken daarover hierboven als van de strekking der vordering (I bl. 243 vv.). Voorts moet de eischer aangeven DE middelen, waardoor zijn verlangen wordt gerechtvaardigd, bestaande in rechtsfeiten, nl. zoodanige feiten, waaraan een rechtsregel het beweerde

recht als gevolg verbindt. (I. bl. 303). Wat de eischer verlangt moet bepaald zijn aangegeven en het verband tot de middelen moet zóó duidelijk zijn aangewezen, dat het bij logische gevolgtrekking uit die middelen voortvloeit, als de conclusie van den syllogismus uit major en minor. Zie I. bl. 306. Het komt mij voor dat deze de natuurlijke opvatting van het niet keurig geredigeerde artikel is en dat het bezwaar, door DE PINTO, II bl. 49, daarin gevonden, hem tot een resultaat leidt, dat, noch door de woorden in verband met die van art. 63 n°, 3 C. d. Pr., noch door de bedoeling van de bijvoeging in onze wet wordt gerechtvaardigd. Zie N. Bijdr. XVI (1866), blz. 254.

Het ontwerp is duidelijker. Het vordert: „eene korte uiteenzetting der feiten en rechtsgronden waarop de vordering rust en eene duidelijke en bepaalde conclusie". Toch zou de afzonderlijke vermelding van feiten en rechtsgronden, in plaats van het beide punten omvattende „middelen", aanleiding kunnen geven tot de meening, dat beide punten afzonderlijk in de dagvaarding zouden moeten worden geformuleerd, wat voor de duidelijkheid niet altijd wordt gevorderd. Niemand kan bijv. bezwaar hebben tegen het formuleeren van de middelen van een eisch tot betaling van den koopprijs voor geleverde goederen op deze eenvoudige wijze: „Aangezien de gedaagde wegens aan hem verkochte en geleverde goederen, blijkens onderstaande specificatie aan den eischer schuldig is eene som van *f* —." De feiten kunnen alzoo op zoodanige wijze met den daarop toetepassen rechtsregel verbonden worden, dat deze niet opzettelijk en afzonderlijk behoeft te worden geformuleerd. Reeds SCHAUMBURG t. a. p.: „regulariter tamen ius si notorium est, omittere solent advocati". Maar al geschiedde dit, al word de rechtsregel afzonderlijk geformuleerd, dan is nog niet de aanhaling van het artikel der wet, waaraan de regel ontleend is, noodzakelijk. De Civilprozessordnung verlangt in § 230, sub 2: „die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag". § 253 (1898).

De opgave der middelen is niet alleen van belang voor den verweerder met het oog op de door hem te voeren verdediging, maar ook ter beoordeeling van eene quaestie van aanhangigheid, en van gewijsde zaak.

De bepaaldheid der conclusie brengt mede, dat ook het voorwerp van den eisch bepaald moet worden aangewezen, zoodat, wanneer eene geldsom wordt gevorderd, het bedrag daarvan worde

uitgedrukt. Vordering van eene geldsom van onbepaald bedrag wordt alleen toegelaten bij vordering van schadevergoeding, art. 612 B. R. Wordt daardoor een debat over het bedrag der schadevergoeding uitgesloten in het geding, dat over de al of niet verschuldigdheid der schadevergoeding wordt gevoerd, in den regel zal er nu, nà de beslissing van dit punt, een tweede proces over de vereffening ontstaan. De onbepaaldheid van het bedrag der principale vordering kan ook tot afwijking van de regelen over de rechterlijke bevoegdheid aanleiding geven. Het ontwerp wil het bedrag in de dagvaarding bepaald hebben, B. II, tit. 1, art. 2 en de toelichting op blz. 125.

De bijvoeging bij het bepaalde bedrag: „na aftrek van al hetgeen daarop zal blijken betaald te zijn", maakt de vordering niet onbepaald. Een in anderen zin door de rechtbank van Gorinchem gewezen vonnis werd vernietigd bij een arrest van het Hof van Zuidholland van 22 Mei 1845 W. n°. 622, hetwelk ten onrechte werd bestreden in Opmerkingen en Mededeelingen VII, bl. 172. Cf. OUDEMAN I bl. 23 en n^t^. 2. Heeft dergelijke bijvoeging plaats bij een eisch gegrond op een koopmansboek naar art. 10 K., dan wordt de eisch niet onbepaald maar de bijvoeging toont aan dat het boek niet richtig is gehouden en doet de bewijskracht in art. 10 aan het boek toegekend vervallen.

De bepaaldheid brengt ook de duidelijke aanwijzing mede van het goed, dat het voorwerp der vordering is. Maar was de uitdrukkelijke bepaling van art. 128 B. R. noodig? en zoo ja, komt dan zoodanige aanwijzing alleen bij zakelijke en gemengde rechtsvorderingen te pas? De ontwerper dacht er anders en beter over. Zie de toelichting op art. 8 van B. I, 8 (uitg. van BELINFANTE, bl. 94). Het art. is overgenomen uit art. 64 C. de Pr., hetwelk de artt. 3 en 4 van tit. IX der Ordonnantie nagenoeg overschreef. De hierbij uitdrukkelijk bevolene omschrijving van het onroerend goed: „en sorte que le défendeur ne puisse ignorer pour quel héritage il est assigné", stond met de vroegere procedure in verband, welke, tot vaststelling van het door den eischer bedoelde doch niet nauwkeurig aangegeven grondstuk, aan den gedaagde de zg. exception des vues et montrées toekende, welke eene aanwijzing van het onroerend goed op de plaats zelve ten overstaan des rechters ten gevolge had. Deze exceptie werd dan ook door de Ordonn., in art. 5 van denzelfden titel, afgeschaft.

Dit gedeelte van het exploit pleegt nog in de praktijk het libellé genaamd te worden. „Les ajournemens" zeide de Ord. van 1667, in art. 1 van tit. II „seront libellés", wat nader werd omschreven door de bijvoeging „contiendront les conclusions et sommairement les moyens de la demande". (Verg. de aant. van JOUSSE). Op die wijze werd eene nadere bepaling van den inhoud der dagvaarding voorgeschreven, nadat de mondelinge oproeping van het frankisch-germaansche proces onder den invloedvan romeinsch-canoniekrechtelijke beginselen door de schriftelijke vervangen was. Dit geschiedde het eerst bij de Ordonnantie van 1498 (BLOIS), volgens GLASSON, die uit art. 54 van die ord. bij gevolgtrekking opmaakt, dat de dagvaardingen voortaan zouden worden „donnés par écrit et libellés". Een uitdrukkelijk voorschrift komt voor in de Ord. van Augustus 1539 (VILLERS-COTTERÊTS) welke in art. 16 bepaalde: „Que tous ajournemens pour faire et intenter nouveau procès, seront libellés sommairement, la demande et moyens d'icelle en brief, pour en venir prêt à défendre, par le défendeur, au jour de la première assignation". BONCENNE Théorie II p. 148, v. DANIELS, System und Geschichte S. 54 n^t. 4, GLASSON les Sources de la procédure civ. fr. p. 84. Cf. l. 1. pr. D. de edendo 2, 13. Verg. over het libellus conventionis van het Justin. proces BETHMANN HOLLWEG, Der Civilprozess des gemeinen Rechts III, § 125. WIEDING, Der Justin. Libellprozess., § 22.

Art. 133 schrijft nog voor in § 4, eene bepaling die (verg. art. 125) alleen bij de colleges toepasselijk schijnt, dat de aanlegger bij het exploit moet overleggen afschrift van alle stukken waarop de eisch gegrond is. Daardoor wordt niet uitgesloten de overlegging van dergelijke afschriften in den verderen loop van het proces, ook buiten de zoodanige als „door de verdediging van den gedaagde mochten noodzakelijk worden of daaruit voortvloeien". Het overleggen van stukken nà de dagvaarding zal alleen ten gevolge hebben dat de kosten daarvan, behalve van die, welker overlegging door de verdediging noodzakelijk werd, niet mogen berekend worden onder de kosten, waarin de gedaagde, indien hij in het ongelijk gesteld wordt, mocht worden veroordeeld.

Cumulatie van actiën.

Meer dan één eisch kunnen, onder zekere bepalingen, vereenigd worden, zoodat zij, in ééne dagvaarding saamgevoegd, te gelijk worden ingesteld. (Cumulatie van actiën).

Subjectieve en objectieve cumulatie.

Die vereeniging heet eene subjectieve, wanneer meer eischers tegen één verweerder of één eischer tegen meer verweerders of meer eischers tegen meer verweerders optreden. Men noemt haar objectief, wanneer meer dan een eisch door denzelfden eischer tegen denzelfden verweerder worden ingesteld.

Onder zekere bepalingen. Vóór alles is de vereeniging of samenvoeging van meer vorderingen daarvan afhankelijk, dat zij niet op tegenstrijdige beweringen berusten, als wanneer de eene de andere zou uitsluiten. Art. 3205 O. 1820 wijst daarop door te bepalen: „Wanneer verscheiden actiën tot vervolging van hetzelfde recht op zaken of personen, te zamen loopen, [samenloop, concurreeren komt hier niet te pas, zie I, bl. 268 v.] kunnen dezelve in dezelfde instantie vereenigd — worden aangelegd, mits — er geene tegenstrijdigheid tusschen de beide actiën zij."

Subjectieve samenvoeging of vereeniging. Onder welke bepalingen kan deze plaats hebben? Een uitdrukkelijk voorschrift geeft onze wetgever daarover niet. Zal de vereeniging dan geheel afhankelijk zijn van de willekeur van meer eischers, welke, hoe toevallig ook, vorderingen tegen denzelfden persoon hebbende, zich tot het instellen dier vorderingen vereenigen? of van de willekeur eens eischers die, even toevallig, vorderingen heeft tegen meer dan een persoon? De doelmatigheid van eene dergelijke wijze van procedeeren ware moeilijk te vatten. Te minder kan zij geacht worden toegelaten te zijn nu aan den eischer, voor 't geval dat er meer gedaagden zijn, die een verschillenden domiciliairen rechter hebben, de keuze van den rechter is gegeven, zoodat hij een of meer gedaagden aan hun natuurlijken rechter onttrekken mag. Art. 97 § 2 en 126 § 7 B. R.

Daar moet dus een reden voor de vereeniging zijn en die kan, gelijk reeds vroeger, I, bl. 175, werd opgemerkt, in niets anders bestaan dan in een innerlijk verband tusschen de vorderingen doordien allen ontstaan uit rechtsbetrekkingen, die denzelfden grond hebben.*) Dan eerst, en zelden of nooit bij het ontbreken dier verknochtheid, zal de vereeniging der onderscheiden vorderingen in hetzelfde geding doelmatig voorkomen. Want dan is het

*) Deze bepaling der verknochtheid is evenwel niet ruim genoeg. Beter acht ik de beschrijving der connexiteit, welke ik geef. Dl. I, bl. 428, gelijk ik dit reeds opmerkte in Rechtsgeleerd Magazijn Dl. XIII. (1894) bl. 218.

verband tusschen die vorderingen van dien aard dat beide bij een zelfde vonnis behooren te worden afgedaan. Het bestaan van zoodanige verknochtheid rechtvaardigt den invloed, welke aan het dagvaarden van meer personen gezamenlijk op de bevoegdheid des rechters wordt toegekend. Het gevolg in art. 79 aan de niet-verschijning van sommige van de gedaagden verbonden, wordt ook door de veronderstelde verknochtheid der vorderingen gereedelijk verklaard. Eindelijk vindt de noodzakelijkheid van dat vereischte hare bevestiging in de gevallen van subjectieve cumulatie, welke in het romeinsche recht voorkomen. Daarbij dient echter niet uit het oog verloren te worden, dat, hoezeer het latere procesrecht op het R. R. steunt, het R. R. echter om de verknochtheid geen afwijking van de regelen omtrent de competentie voor de subjectieve cumulatie toeliet. Voorbeelden van gevallen, waarin verknochtheid in den hier aangewezen zin tot subjectieve samenvoeging leidt, vindt men in vorderingen door of tegen gezamenlijke erfgenamen als zoodanig ingesteld, de vorderingen van een schuldeischer tegen meer hetzij hoofdelijk voor het geheel, hetzij ieder voor hun aandeel, uit dezelfde handeling verbonden schuldenaren. Daarentegen zullen een man en een vrouw, ieder onderscheiden vorderingen hebbende tegen een derde, die vorderingen niet in ééne dagvaarding kunnen vereenigen. Verg. Rechtb. Amsterdam 18 Aug. 1896 W. 6915. Er bestaat wel eene nauwe betrekking tusschen die als eischers optredende personen, maar de vorderingen hebben niets met elkander te maken.

De vordering tot afscheiding van bij elkander gelegen erven, door medeeigenaren van het eene erf tegen den eigenaar van het naastgelegen erf ingesteld, werd door mij, bij vergissing, hier als een voorbeeld bijgebracht. Daarbij toch is geen kwestie van afzonderlijke vorderingen. Het geldt hier ééne vordering uit dien eigendom voortspruitende, dien tengevolge aan medeeigenaren gezamenlijk niet ieder op zich zelven toekomende. Zie ook bl. 24.

Bestaat er alzoo b e v o e g d h e i d tot subjectieve cumulatie, eene andere vraag is, o f e r v e r p l i c h t i n g daartoe bestaat? M o e t de eischer, die tegen meer gedaagden k a n optreden, allen te zamen aanspreken? M o e t e n meer eischers, die hunne vorderingen te zamen zouden k u n n e n doen gelden, zich daartoe bij ééne dagvaarding vereenigen? Dan zal de gedaagde tegen de tegen hem alleen of door één eischer ingestelde vordering de dilatoire exceptie kunnen tegen-

werpen, ten einde ook de anderen worden gedagvaard of als eischers optreden. In de praktijk is daarvoor eene exceptie bekend, de zg. exceptio plurium litis consortium. In het algemeen laat zij zich niet rechtvaardigen. De verplichting die zij vooronderstelt, wordt nergens aan den eischer opgelegd en zij is niet overeentebrengen met het beginsel, dat niemand verplicht kan worden tegen zijn wil zijn recht te doen gelden door eene vordering intestellen. Al konden meer eischers te zamen optreden, zoolang aan elk hunner voor zich eene vordering toekomt, wordt het onrecht het instellen dier vordering voor den een afhankelijk te maken van den wil van den ander. Konden al meer personen te zamen als gedaagden geroepen zijn, ook hier staat het „invitus agere nemo cogatur" in den weg; de eischer moet weten of hij de vorderingen, welke hij heeft, tegelijk of afzonderlijk wil instellen. Het belang der samenvoeging is alleen bij den eischer en dus door hem te beoordeelen. Intusschen schijnt het belang des gedaagde in twee gevallen in het R. R. aanleiding gegeven te hebben om hem beroep op samenvoeging toe te staan, met dien verstande dat hij zich niet tegen de tegen hem alleen ingestelde vordering behoefde te verdedigen, zoolang ook niet anderen in den gerichte geroepen waren, al is de benaming van dat middel, als exceptio plurium litis consortium, van latere vinding. Die gevallen worden vermeld bij WETZELL, § 63, die overigens hier ook bijzonder verdient vergeleken te worden. Het eene geval, voorkomende in Nov. 99, c. 1, waarover ook v. SAVIGNY handelt, Obligat. recht, § 26, is van zeer weinig praktisch belang. In het andere (l. 2 D, de quib. reb. ad eund. iud. 11, 2 en l. 5 C. de arb. tut. 5, 51) wordt de exceptie toegekend aan den voogd, die wegens onvermogen zijner medevoogden alleen aangesproken wordt. Dit geval kan zich bij ons wel niet voordoen, maar naar aanleiding daarvan zou bijv. de exceptie kunnen toekomen aan een der kinderen, die met anderen tot onderhoud der ouders verplicht, alleen aangesproken wordt, omdat langs dien weg alleen, nl. door ook de andere tot onderhoud verplichten in het geding te brengen, het bedrag, waartoe hij gehouden is, en dat afhankelijk is van de behoefte desgenen die onderhoud vraagt en het vermogen van dengeen die tot onderhoud verplicht is, kan worden vastgesteld, art. 379 j°. 376 B. W.

De rechtsvordering is op zich zelve gegrond. Aan den eischer komt volgens de wet recht op onderhoud toe en de gedaagde is daartoe verplicht. De som die de eischer vordert wordt ook, dit

moet men onderstellen, in verband met zijne behoefte en met het vermogen des gedaagde gevorderd. Staat het onvermogen van de anderen die tot onderhoud verplicht zijn vast, er kan over het bedrag gestreden worden, maar die anderen in het geding te roepen, ware een ijdele tot niets leidende omslag. De daartoe strekkende exceptie kan alleen helpen als dat onvermogen niet vaststaat en de behoefte des eischers tegenover den aangesproken gedaagde verminderen kan, doordien hij ook van andere daartoe verplichten onderstand krijgt of zal kunnen krijgen. De bepaling van art. 379 kan alzoo tegenover den in zich zelven gegronden eisch, grond opleveren tot eene exceptie voor den gedaagde, opdat de regeling van het onderhoud dienovereenkomstig plaats vinde en daartoe de mede tot onderhoud verplichten in het geding worden geroepen. De hier verdedigde opvatting van den onderhoudsplicht, noch ondeelbaar noch hoofdelijk, is thans wel de meest algemeen aangenomene. DIEPHUIS Syst. V, bl. 221 v. Zij werd later nog gehuldigd door de Rechtbank te Leeuwarden, 26 Febr. 1891. W. 6246. Groningen 3 Januari 1896, W. 6977. (Verre verkieselijk dunkt mij de regeling der procedure op dit onderwerp in Ontwerp B. I., B. W. (1886) art. 322.) Het wil mij evenwel voorkomen dat het karakter der hier toe te laten exceptie zuiverder bewaard en de procedure tevens vereenvoudigd wordt, wanneer niet eenvoudig tot niet-onvankelijk-verklaring geconcludeerd en deze in het vonnis uitgesproken wordt, maar eene niet-ontvankelijk-verklaring v o o r a l s n o g worde gevraagd en uitgesproken, nl. totdat de eischer de andere tot onderhoud verplichten in het geding zal hebben geroepen, wat de rechter dan, zooals dat gebruikelijk is, hem gelast. Dat hiermede zou worden afgeweken van hetgeen de dilatoire exceptie naar mijne opvatting in het algemeen medebrengt, (Dl. III, bl. 130) komt mij daarom minder bezwaarlijk voor, omdat de wetgever hier in het geheel geen gewag maakt van het middel door den gedaagde aan te wenden, en, hoewel dit in het algemeen het karakter van eene dilatoire exceptie heeft, behoeft het daarom toch niet in de wijze waarop het wordt toegepast, daarmede gelijk gesteld te worden. En dit te minder, omdat in de wet een ander geval bekend is, dat met het onze analogie heeft en waar de wetgever zelf bepaalt, dat de gedaagde oproeping van medeverbondenen in het geding kan verlangen. Ik bedoel art. 1565 B. W., waarin ik meen een door de wet uitdrukkelijk toegekende exceptie aan te treffen, welke zoo eenige, de

benaming van exceptio plurium litis consortium zou verdienen. Verkoopers van een hun gemeenschappelijk toebehoorend goed die het beding van wederinkoop hebben gemaakt, of de erfgenamen van hem die met dit beding verkocht, zijn bevoegd om het recht van wederinkoop ieder voor hun aandeel te doen gelden, ja, zij mogen dit alleen doen gelden voor hun aandeel, art. 1563, 1564. Intusschen kan de kooper, die door een der verkoopers of door een der erfgenamen voor zijn aandeel wordt aangesproken, vorderen dat de medeverkoopers of de medeerfgenamen in het geding worden geroepen, opdat zij zich onderling nopens den wederinkoop van het geheele goed verstaan, art. 1565. Ofschoon derhalve ieder volkomen bevoegd is om alleen te ageeren, ofschoon deze vordering in zich zelve volkomen gegrond is en het vonnis dat haar mocht toewijzen daaraan volkomen praktisch effect kan verzekeren (en ziedaar de analogie met het vorige geval) behoeft evenwel de gedaagde zich niet met hem alleen in te laten. In het belang van den gedaagde wordt gezorgd dat hij blijve in den toestand waarin hij door de overeenkomst is gekomen: alles of niets, en hij daarin niet gehinderd worde door verdeeldheid onder de verkoopers of de erfgenamen. In art. 1565 nu is het duidelijk dat de exceptie, door den gedaagde voortestellen, moet leiden niet tot eene niet-ontvankelijk-verklaring van den eischer met dat gevolg dat hij een nieuw proces zal moeten beginnen, maar tot eene niet-ontvankelijk-verklaring vooralsnog, nl. totdat de medegerechtigden zullen zijn in het geding geroepen; zij strekt mitsdien daartoe dat de rechter die oproeping gelaste.

Ofschoon nu in de beide hier besproken gevallen het den gedaagde toegekende middel met recht eene exceptio plurium litis consortium kan genoemd worden, zoo is het de vraag of wij die benaming behoeven, en of wij wèl doen daarvan gebruik te maken. Ik zou die vraag o n t k e n n e n d beantwoorden. De benaming moge het karakter van het middel in het algemeen aangeven, zij is niet voldoende om in 't gegeven geval des gedaagden verlangen duidelijk uit te drukken, hetwelk altijd, als eene nader bepaalde niet-ontvankelijk-verklaring te beöogen, zal moeten worden omschreven. Kort en veelzeggend is de uitdrukking, die zich het voorkomen van een technische uitdrukking geeft, niet. De praktijk heeft ze niet noodig zooals het straks aangehaald vonnis van Leeuwarden kan getuigen. Nog heeft zij dit nadeel dat zij op eene geheel bijzondere instelling schijnt te wijzen, waaronder, ook daardoor, veel is en wordt gebracht, dat er inder-

daad niet mee te maken heeft, althans alleen door den klank der naam er toe gebracht wordt. Inderdaad heeft men daarbij dan te doen met eene toepassing van de zg. peremtoire exceptie: tibi non competit actio en non competit actio contra me. Gij zijt niet gerechtigd om het recht dat gij doet gelden alleen uit te oefenen omdat het u alleen niet toekomt; gij zijt niet gerechtigd het recht dat gij tegen mij doet gelden tegen mij alleen uit te oefenen, omdat ik alleen niet verplicht ben, wat met andere woorden wil zeggen: aan uwe rechtsvordering ontbreekt een van hare onmisbare grondslagen. Dat is geheel iets anders dan dat de wet aan den verweerder een middel geeft om den eischer in de vervolging van zijne wèl gefundeerde vordering op te houden door van hem de oproeping van andere medeverbondenen te verlangen, ten einde tot een juister en rechtvaardiger regeling te komen van datgene wat den eischer toekomt. Hier strekt het verweermiddel tot oproeping van anderen, daar is de inhoud der verdediging: gij hebt geen recht omdat gij alleen komt of tegen mij alleen optreedt. Als voorbeeld wijs ik op de verdediging tegen eene door één medeeigenaar ingestelde actie tot afpaling van erven. In die actie ligt eene beschikking over het eigendomsrecht, waartoe één der eigenaren alleen niet bevoegd is. Met het oog op een dergelijk geval kon de Rechtbank te Winschoten, 28 Mei 1851 (R. Bijbl. II (1852) bl. 30), in verband met de meest algemeen aangenomen leer, terecht zeggen, dat de verdediging eene peremtoire exceptie was, doch noemde zij die ten onrechte eene exceptio plur. lit. cons. Was zij dit werkelijk dan moest zij ook als dilatoire exceptie gequalificeerd zijn geworden. Zoo werd ook ten onrechte de exceptio plur. lit. consortium gegrond bevonden door het Gerechtshof te Arnhem bij arr. van 15 Maart 1876 W. n°. 4058, al nam het terecht de ongegrondheid van den ingestelden eisch aan.

Bij de uitbreiding van de exceptio pl. l. c., of liever hare toepassing in gevallen naar den oppervlakkigen schijn, op de gevallen waarvoor zij oorspronkelijk bestemd was, gelijkende, vond men voor die toepassing de noodzakelijkheid vooral in de ondeelbaarheid van het recht waarmede de vordering in verband staat. Zoo vatte het Hof van Zeeland 17 Juni 1856 (R. B. VII (1857) bl. 447) de jurisprudentie op dit punt dus samen: „dat, ofschoon de exceptio plurium litis consortium in de Nederlandsche wetboeken niet uitdrukkelijk is vermeld, het evenwel in den aard der zaak is gelegen, gelijk zulks

door eene gevestigde jurisprudentie is aangenomen, dat wanneer de vordering betreft eene ondeelbare zaak, waarbij meer personen onmiddellijk belang hebben, dezelve niet tegen eenen enkelen kan worden ingesteld." Terecht oordeelde echter de rechtbank te Zwolle . . Juli 1878 W. n°. 4295 dat een der mede-eigenaren het recht heeft een recht van erfdienstbaarheid ten behoeve van het gemeenschappelijk erf (met de zg. confessoria) te handhaven en dat juist om de ondeelbaarheid van het recht van erfdienstbaarheid, waarmede deze bevoegdheid vrij algemeen in verband gebracht wordt, ofschoon zij voldoende bij ons door art. 749, dat m. i. met de ondeelbaarheid niet te maken heeft, gesteund wordt. Duidelijk is hier in ieder geval dat de ondeelbaarheid de ex. p. l. c. niet rechtvaardigt, maar haar uitsluit. Wanneer daarentegen dezelfde actie werd ingesteld tegen een der mede-eigenaren van een erf, zou deze zich terecht daarop beroepen dat, terwijl hij alleen niet de beschikking over het erf heeft en de erfdienstbaarheid niet beweerd wordt noch beweerd kan worden op het onverdeeld aandeel te rusten, de vordering tegen hem ingesteld ongegrond of, wil men, niet-ontvankelijk moet zijn. Zie dit een en ander uit nemend uiteengezet in een arrest Hof 's Hertogenbosch 28 Juni 1887 W. n°. 5514. De rechtbank te Almelo verklaarde bij vonnis van 10 Juni 1891 W. n°. 6062 de actie tot ontbinding eener huurovereenkomst niet-ontvankelijk omdat zij niet tegen alle de huurders was ingesteld, wat had moeten geschieden, omdat de vordering tot ontbinding is ondeelbaar. Waartoe hier op die ondeelbaarheid een beroep gedaan? Is dat een rechtskundig begrip? En waarom de juiste beslissing niet liever uitsluitend afgeleid uit den aard der overeeneenkomst, welke een rechtsbetrekking schept tusschen allen die tot haar toetraden en welker ontbinding niet kan plaats hebben wanneer niet allen van den band worden ontheven? De Rechtbank van Utrecht daarentegen besliste bij vonnis 21 Mei 1890 W. n°. 5900 dat de verplichting van den huurder tot oplevering en schadevergoeding op alle zijne erfgenamen overgaat en dat, wijl die verbintenis ondeelbaar is, ook de niet geroepen erfgenamen in het geding moeten worden geroepen, waarbij de rechter vergeet, dat juist de ondeelbare verbintenis recht geeft dat de vordering door en tegen een der medeverbondenen wordt ingesteld art. 1337, 1338, 1339 § 1 B. W. Het Hof te Arnhem beschouwde wederom (arr. 15 Maart 1876 W. n°. 4058) het niet in het geding brengen van alle verhuurders door den verhuurder die de ontbinding vorderde, als grond te geven tot de exc. p. l. c. die

tot niet-ontvankelijkheid-verklaring moet leiden, omdat de eischer door de andere verhuurders niet in het geding te brengen, het recht en het belang, dat de huurder heeft om met alle verhuurders het geschil uitgemaakt te zien, heeft voorbijgezien. Hier wordt op geen ondeelbaarheid beroep gedaan, maar een belang van den gedaagde in het spel gebracht wat naar de oorspronkelijke exc. pl. l. c. gelijkt, terwijl inderdaad een bedekte gedwongen tusschenkomst werd uitgesproken. Op grond van deelbaarheid der verbintenis tusschen erfgenamen verwierp de Rechtbank te Groningen, 25 Juni 1858, R. Bijbl. IX (1859) bl. 598 eene voorgestelde exc. pl. l. c. Evenzoo Zwolle 18 April 1879. R. Bijbl. 1879 A. bl. 72. Het Hof te 's Bosch deed 5 April 1877 W. n⁰. 5494 hetzelfde, op grond dat de verplichting van erfgenamen eens rekenplichtige tot afleggen van rekening ondeelbaar is. Wanneer eens vaststaat dat eene verbintenis ondeelbaar is dan staat ook de bevoegdheid des schuldeischers om één der erfgenamen tot voldoening der schuld aan te spreken naar ons recht vast (zie de straks aangeh. artt. B. W.) en moet eene exc. p. l. c. verworpen worden; al bracht hare toewijzing alle schuldenaren in het geding, de eischer zou toch niet ieder voor een deel kunnen aanspreken en de oproeping van allen zou toch alleen de samenwerking van allen voor hun deel in de vervulling der verbintenis ten gevolge kunnen hebben. Staat het alzoo vast, dat tegen de vordering tot vervulling eener ondeelbare verbintenis, de exc. pl. l. c. nimmer kan opgaan, het is niet te ontkennen, dat vooral voor den verweerder daaruit moeilijkheden kunnen ontstaan, waarin de fransche wetgever te gemoet kwam door, bij art. 1225 C. C., den erfgenaam, niettegenstaande hij voor het geheel eener ondeelbare schuld kan worden aangesproken (art. 1223 C. C.), de bevoegdheid te geven om een termijn te vragen ten einde zijne mede-erfgenamen in het geding te roepen en waarvan dan zelfs het gevolg zal kunnen zijn dat ieder voor zijn aandeel wordt veroordeeld. Onze wetgever heeft evenwel die bepaling niet begrepen en zou dit ingezien hebben als hij had nagegaan wat POTHIER Oblig. n⁰. 330 v.v., naar DUMOULIN, daarover zegt. De Regeering liet de bepaling weg „omdat zulks tot de manier van procedeeren behoort". (VOORDUIN op art. 1338, III, (V bl. 46); NOORDZIEK B. W. 1824/25 I bl. 512), en meende, naar 't schijnt, dat in het fransche artikel alleen sprake was van eene oproeping in vrijwaring (Verg. ASSER Vergelijking § 697). Daartoe kan evenwel alleen de slotbepaling aanleiding geven.

Uit dit alles blijkt, dat die ondeelbaarheid hetzij dan van het recht waaruit de vordering voortspruit, of welke andere ook, een slecht criterium van de al of niet toelating der exc. pl. l. c. is, bij de uitbreiding welke daaraan in de toepassing is gegeven, en dat het Hof van Amsterdam bij arr. 16 Januari 1891 W. n°. 6002 op den goeden weg was, toen het overwoog „dat de vraag of de exc. pl. l. cons. kan worden tegengeworpen, bij stilzwijgen daarover door de wet, hare oplossing moest vinden in de bijzondere omstandigheden, het onderwerp en den stand van het geding en de daarbij betrokken belangen der litis consortes" (lees: van degenen die men tot litis consortes wil maken). Zoo heeft althans de rechter de vrije hand om pro re nata te beslissen, maar nog meer bevorderlijk zou ik het achten voor de rechtszekerheid, indien men die geheele exc. pl. l. c. in de daaraan gegeven uitbreiding liet varen. Al wordt zij in de onderscheiden rechterlijke uitspraken niet altijd met name genoemd, toch altijd wordt in de verwering en bij hare toewijzing op den voorgrond gesteld, dat de vordering niet-ontvankelijk is omdat niet allen als eischers zijn opgetreden of niet allen als gedaagden zijn geroepen, die hadden behooren op te treden of hadden moeten geroepen worden, terwijl de grondslag der verwering veeleer is: gij alleen hebt tegen mij of gij hebt tegen mij alleen geen recht. Of dit al of niet het geval is, moet uit het recht dat eischer doet gelden en de daaruit ontstane rechtsbetrekking blijken. Verg. Rechtbank 's Gravenhage 26 Juni 1894 W. 6549 Rotterdam 31 Oct. 1894 W. 6586. Wordt een erfgenaam voor het geheel eener deelbare schuld aangesproken, dan is niet de exc. pl. lit. cons., maar de bestrijding van het gevorderde bedrag het aangewezen verweermiddel. Dan heeft de aangesprokene erfgenaam aan te toonen dat hij slechts voor een deel, en voor welk deel hij aansprakelijk is. Verg. Rechtb. Amsterdam 22 Mei 1890 W. n°. 5896. Bij de wezenlijke exc. pl. l. c., de beide in de eerste plaats door mij besproken gevallen, is de eisch op zich zelf gegrond.

De jurisprudentie heeft zich eens zóó vastgezet in het schema der excepties, waardoor nagenoeg elke verdediging ten principale tot eene peremtoire exceptie gemaakt wordt, dat in al die gevallen, waarin thans de pseudo-exc. pl. l. c. wordt toegepast, men wel van eene niet-ontvankelijk-verklaring zal blijven spreken.

Ik kom dus tot het besluit dat, waar iemand eene zelfstandige vordering toekomt waarmede het hem tegen een bepaald persoon toe-

komend recht gedekt is, alleen uit de wet voor den gedaagde het recht kan ontstaan om aan die vordering eene dilatoire exceptie tot het brengen van meer personen in het geding tegen te werpen en dat, waar de vordering het recht niet dekt omdat het den eischer niet alleen of niet tegen den gedaagde alleen toekomt, de vordering als ongegrond behoort te worden afgewezen, in den gebruikelijken stijl: niet-ontvankelijk verklaard. Voor de eerste gevallen heeft men de benaming van exc. plurium litis consortium niet noodig; het is voorzeker ook niet eene korte en zinrijke benaming. Voor de laatste gevallen is het niet alleen niet aanbevelenswaard om de benaming te gebruiken maar verdient dit afkeuring als tot verwarring leidende. Want, al heeft zelfs een verweerder zonder de benaming te bezigen beweerd dat meer eischers behoorden op te treden of meer verweerders behoorden geroepen te worden, de rechter komt op den verkeerden weg wanneer hij dan overweegt, dat hier alzoo de exceptio pl. l. c. is opgeworpen en dan de gegrondheid daarvan gaat afleiden uit hetgeen hij meent dat tot die exc. pl. l. cons. in het algemeen gevorderd wordt. Hij verliest dan licht den aard van het bijzonder geval met de daaraan verbonden omstandigheden uit het oog, om te opereeren, zooals men pleegt te zeggen, met een geleerd klinkend doch niet behoorlijk gepraeciseerd leerstellig begrip. Ook van de begrippen en de dogma's geldt de les, die PAULUS omtrent het gebruik der rechtsregels geeft in de even dikwijls herhaalde als vergeten l. l. de R. J. Alleen door deze les in het oog te houden zal de rechter ook hier tot eene juiste beoordeeling komen van wat aan de gegrondheid der actie ontbreekt en dan kan er desnoods eene „niet-ontvankelijkverklaring" meê door.

Stelt men zich het geval voor, dat de exc. pl. litis consortium wordt opgeworpen, omdat niet alle in eersten aanleg opgetreden partijen in het geding in hooger beroep worden gedagvaard (Verg. Hof Overijsel 26 Febr. 1872 W. n° 3533) dan krijgt de uitdrukking weder eene andere beteekenis en doelt men op de omstandigheid dat er meer personen in het geding betrokken zijn. De uitdrukking wijst dan niet op eene materiëele maar op eene formeele betrekking. Wordt zij bij dit verschil in beteekenis meer aanbevelenswaard? Zeker niet*).

Objectieve samenvoeging. De bevoegdheid van den

*) Men beschouwe deze uitweiding over de exceptio plurium litis consortium als eene proeve om eenige orde in deze vrij verwarde materie te brengen.

eischer om meer actiën tegelijk in te stellen tegen denzelfden verweerder en deze in dezelfde dagvaarding saamtevoegen is niet te ontkennen. Het ontwerp van 1820 gaf in art. 3206 terug, wat van oudsher in de praktijk was aangenomen. „Onderscheidene vorderingen tegen dezelfde personen uit onderscheidene oorzaken voortspruitende en tot verschillende einden strekkende, kunnen insgelijks in een en dezelfde rechtsaanspraak bijeengevoegd worden." Het uitdrukkelijke verbod van de vereeniging van possesoir met petitoir in art. 130 B. R. bevestigt den regel. Opmerkelijk is, hoe de fransche wetgever in art. 1344 en 1345 C. Civ. de samenvoeging van vorderingen ter handhaving van de uitsluiting van getuigenbewijs, als geoorloofd onderstelde en zelfs beval. Verg. arr. H. Raad 10 Febr. 1880 W. n°. 5518.

Kan deze samenvoeging invloed hebben op de voorschriften omtrent de rechterlijke bevoegdheid? De v o l s t r e k t e bevoegdheid zal in zooverre wijziging ondergaan, als persoonlijke vorderingen van een bepaald geldelijk bedrag gereedelijk zóó kunnen vereenigd worden, dat het petitum tot het gezamenlijk bedrag gesteld wordt. Dit totaal bedrag bepaalt dan de bevoegdheid. Zoo kan de bevoegdheid des kantonrechters worden uitgesloten of de bevoegdheid des rechters tot het eerste ressort worden beperkt, door te vereenigen en kan door niet te vereenigen het tegenovergestelde gevolg plaatsgrijpen. De bepalingen omtrent de competentie laten dit toe, en de ratio legis, welke den kantonrechter over de enkele vorderingen bevoegd verklaarde, of het hooger beroep daarover uitsloot, staat hier volstrekt niet in den weg. Overigens volgt elke vordering hare eigene regelen van competentie. Verg. art. 250 n°. 2 B. R. Uitvoeriger heb ik dit onderwerp besproken en ook uit het oogpunt van het jus constituendum behandeld in verband met art. 23 der belgische wet van 1876 in eene beoordeeling van het werk van den Heer DE PAEPE Etudes sur la compétence civile opgenomen in Rechtsgeleerd Magazijn XIII (1894) bl. 203 v. v. Verg. een opstel van Mr. F. J. G. VAN TRICHT in Themis LVI (1895) bl. 252.

In de b e t r e k k e l i j k e bevoegdheid kan de objectieve vereeniging geen verandering brengen. Wel kan een gedaagde zich tegen de behandeling bij verschillende rechters van aan elkander verknochte vorderingen verzetten, door de exceptie van verknochtheid voortestellen, maar waaraan zou de eischer het recht ontleenen om daarop vooruit te loopen en den gedaagde voor eene der vorderingen tegen

zijn wil van zijn natuurlijken rechter aftetrekken? CARRÉ beroept zich (Procédure Q. 729), bij de beantwoording eener andere vraag, welk antwoord a fortiori ook hier gegeven zou moeten worden, op het belang des eischers, dat even goed als dat des gedaagde de vereeniging gebiedt. Doch, hoezeer het niet inconsequent ware, dat de wetgever, die den eischer vergunt om voor (connexe) vorderingen tegen meer gedaagden inbreuk op de betrekkelijke bevoegdheid te maken, hem ditzelfde vergunde voor meerdere connexe vorderingen tegen denzelfden verweerder, is het hem toch niet toegestaan. De fransche jurisprudentie schijnt tot de meening van CARRÉ over te hellen.

Eene alternatieve vereeniging, wel te onderscheiden van eene alternatieve vordering uit alternatieve verbintenissen, zal meerendeels uitgesloten zijn omdat de eene vordering de andere uitsluit. Zie art. 3205 O. 1820 op bl. 19 aangehaald; eene subsidiaire vereeniging van twee vorderingen zal niet zoo licht dit bezwaar hebben en dan toegelaten moeten worden.

Verplicht is de objectieve vereeniging niet; in geen geval kan den gedaagde eene exceptie toekomen ten einde den eischer te noodzaken andere vorderingen, die hij ook tegen hem mocht hebben, tegelijk in te stellen.

Verplichting tot cumulatie vloeit uit art. 21 der onteigeningswet voort, doch, wordt er niet aan voldaan, dan kan daarop geene exceptie worden gegrond, maar is alleen veroordeeling in de kosten van later afzonderlijk aangelegde gedingen het gevolg.

De rechter.

IV. Het exploit moet den rechter aanwijzen die van de zaak moet kennis nemen. Art. 5 n°. 4.

Dat de eischer den gedaagde voor den bevoegden rechter moet roepen, voor den rechter die van de zaak moet kennis nemen, spreekt van zelf, maar niet minder natuurlijk is het, dat hij niet met de algemeene uitdrukking: voor den bevoegden rechter, kan volstaan. Hij moet uit het groot aantal gerechten het bepaalde gerecht aanwijzen. Hij heeft daartoe te onderzoeken, bij welken tak der rechterlijke macht zijne vordering behoort en bij welk bepaald gerecht van dien tak. De wettelijke regelen, welke dit onderwerp beheerschen, werden door mij ontwikkeld in Hoofdstuk V (I, bl. 358 vv.) De eischer wijst dus in het exploit den bepaalden

rechter aan, dien hij voor den bevoegden houdt en bij wien hij den gedaagde wil ontmoeten. Dwaalt hij daarin, dan is het exploit niet nietig; het bevat de aanwijzing van den rechter die, naar het inzien van den eischer, van de zaak moet kennis nemen en de gedaagde weet daardoor voor welken bepaalden rechter hij verschijnen moet. Doch de onbevoegdheid van dien rechter kan worden uitgesproken. Alle dubbelzinnigheid ware m. i. opgeheven, indien er in de wet stond: „de rechter voor wien de gedaagde gedagvaard wordt."

Met dit vereischte staat in dadelijk verband:

Tijd van verschijning.

V. De tijd waarop de gedaagde in rechte verschijnen moet, welke met dag en uur moet worden aangewezen. Art. 5 n°. 5.

Verschijning voor den rechter vooronderstelt verschijning op diens terechtzitting en deze heeft alleen op bepaald aangewezen dagen en uren plaats. Die dagen en uren zijn door ieder gerecht bij een bijzonder reglement, onder goedkeuring van den Minister van Justitie vastgesteld, hetwelk door aanplakking aan het gerechtsgebouw en door middel der dagbladen openlijk is bekend gemaakt. Art. 27 van het reglement n°. 1. De Hooge Raad maakt zoodanig reglement op eigen gezag. Art. 88.

De aantewijzen dag is afhankelijk van den dag, waarop het exploit geschiedt, om den termijn, die ten minste tusschen beide dagen moet inliggen. Maar het is ook duidelijk dat de eischer in verband daarmede heeft te berekenen, welken dag hij als verschijndag aanwijzen kan en dat geheel is uitgesloten een misbruik waarvan bij de beraadslagingen werd gewag gemaakt door den heer Le Clercq bij Noordziek B. R. 1827—28 l. bl. 14: „le demandeur assignait à comparaître dans les délais de la loi, sans désigner le jour, et cet usage jettait sur le défendeur l'embarras de calculer les distances pour connaître le jour qu'il devait comparaître.'' Zoo zou de eischer ook kunnen dagvaarden „voor den bevoegden rechter,'' om die door den gedaagde te laten uitvinden. Intusschen was het bedoelde misbruik door de jurisprudentie gewettigd geworden en Merlin had er zijn gezag aan verleend, terwijl Dalloz daarin weder reden vond om ook de aanwijzing van den bevoegden rechter in algemeene bewoordingen toegelaten te achten. Uitvoerig wordt dientengevolge dit punt behandeld door Boncenne II, p. 172—187 en hij zegt van die juris-

prudentie met recht: „La jurisprudence d'aujourd'hui n'est qu'une tradition échappée des ruines de l'ancienne législation."

De aanwijzing van de plaats waar de rechter zitting houdt en de gedaagde alzoo verschijnen moet, wordt niet gevorderd, ofschoon art. 13 B. R. het vooronderstelt en het stijl is. Bij de kantongerechten mag het vooral wenschelijk geacht worden en zoo eischt het Ontwerp I. 8, art. 8 n°. 4 ook de aanwijzing van die plaats niet ten onrechte.

Waar de president der Arrondissementsrechtbank, in kort geding rechtsprekende, gelast dat de terechtzitting te zijnen huize zal worden gehouden (art. 289, § 3), moet die plaats van zelf in de dagvaarding worden aangewezen.

Bij eene dagvaarding tot verschijning voor een college, bepaaldelijk in eersten aanleg voor de rechtbank, mag wel niet overbodig geacht worden de bijvoeging dat de gedaagde gedagvaard wordt om te verschijnen door een daartoe door hem aan te stellen procureur en bij eene dagvaarding voor het kantongerecht om te verschijnen in persoon of door een gemachtigde daartoe van een behoorlijk geregistreerde volmacht voorzien. De wetgever behoorde die bijvoeging op straffe van nietigheid voor te schrijven om den eerbied voor zijne voorschriften te handhaven en te bewerken dat er geen verstek verleend werd op een exploit dat ze niet bevat. Terecht werd op een en ander de aandacht gevestigd door Mr. Ed. Jacobson in Themis 1894 bl. 657 vv. Ook de aanzegging, dat, bij niet-verschijning, veroordeeling bij verstek zal volgen acht ik met denzelfden schrijver van belang. Of bovendien de wijze, waarop de eisch met zijne gronden aan den gedaagde bij ons pleegt medegedeeld te worden, de verstaanbaarheid daarvan in den regel wel medebrengt, mag ook met recht betwijfeld worden.

Deurwaarder. VI. Behalve deze vijf vereischten, welke uit de strekking der dagvaarding voortvloeien, brengt de aard der handeling mede, dat daarin tevens worde aangewezen de deurwaarder die het exploit doet, en dat hij het exploit onderteekene. De deurwaarder moet met naam, voornaam en woonplaats worden aangewezen. Art. 5 n. 2.

Het exploit kan niet dan door een deurwaarder, doch in verband met de aangewezen kringen hunner bevoegdheid, niet door ieder

deurwaarder worden uitgebracht. Vandaar de nadere bepaling in het exploit en dan de onderteekening, ten bewijze dat het exploit werkelijk van hem afkomstig is. Zie I § 24.

Eindelijk moeten nog vermeld worden:

VII. De dag waarop het exploit wordt gedaan. Art. 5 n°. 1.

Dag van het exploit.

Zal de dag behoorlijk uitgedrukt worden, dan moet wel maand en jaar daarbij gevoegd worden.

Aanwijzing van den dag staat, behalve met des deurwaarders bevoegdheid op dien dag, in verband met de uitsluiting van sommige dagen, waarop niet mag gedagvaard worden (zie hieronder), met den in acht te nemen termijn (zie § 58) en ook met gevolgen van de dagvaarding. (Zie § 60).

De opgave van het uur wordt niet gevorderd, ofschoon ook niet op ieder uur een exploit kan worden gedaan, art. 15 B. R.

Bij het vaststellen van de dagen en uren, waarop het exploit niet mag gedaan worden, is de wetgever van het beginsel uitgegaan, dat die gerechtelijke handeling geen stoornis brenge in den wettigen rusttijd.

Daarom geen exploit op een Zondag, (art. 14). Daarmede heeft de wetgever den middenweg gehouden tusschen de voorstanders van de uitsluiting der „jours de fête légales" van art. 1037 C. de Pr. en de tegenstanders van elke uitsluiting ook van den Zondag. Het punt is vooral besproken bij de vaststelling van art. 154 K. (VOORDUIN VIII, bl. 626—629), waarop de Regeering zich bij de behandeling van art. 14 beriep. v. D. HONERT, bl. 169.

Doch nood kan wet breken. Dit staat ter beoordeeling van den kantonrechter bij wien, of van den president van het college, bij hetwelk de zaak moet dienen, die vergunning kan verleenen tot het exploiteeren op Zondag. Aangeh. art. 14.

Daarom geen exploit in den nacht. Als zoodanig wordt beschouwd de tijd tusschen 8 uren 's avonds en 7 uren 's morgens, art. 15 B.R. hetwelk naar de lezing van 1896 denzelfden tijd voor den nacht bepaalt in alle maanden van het jaar. De nacht werd ook in het Ontwerp I, 8, art. 6, wat bekort. Ook van deze bepaling kan in zaken, welke buitengewonen spoed vereischen, met vergunning van kantonrechter of president, afgeweken worden. art. 15.

VIII. De persoon aan wien afschrift van het exploit gelaten is.

Dit vereischte staat in verband met de wijze waarop het exploit gedaan wordt. Daar het niet alleen aan den persoon, maar ook aan diens woonplaats kan gedaan worden, wordt dit laatste geconstateerd door de nadere aanwijzing van den persoon aan wien de deurwaarder ter woonplaatse des gedaagde het afschrift van het exploit ter hand stelde. Zie daarover nader de volgende §.

§ 57. WIJZE WAAROP HET EXPLOIT GEDAAN WORDT EN UITWENDIGE VEREISCHTEN.

Beteekening van afschrift.

I. De dagvaarding bevat niet blootelijk eene oproeping om voor den rechter te verschijnen, maar zij stelt den gedaagde ook in kennis met den gemotiveerden eisch. De gedaagde behoort naar aanleiding daarvan te kunnen overwegen of hij toegeven dan wel den strijd aanvaarden zal. Daarom moet de wijze, waarop de dagvaarding ter kennis van den gedaagde gebracht wordt, niet alleen zooveel mogelijk waarborgen opleveren, dat zij te zijner kennis komt, maar ook dat hij de gelegenheid hebbe haren inhoud te overwegen.

Tot dit laatste dient de uitreiking van een afschrift (copie) van het exploit hetwelk, uit den aard der zaak, ten aanzien van dengene aan of voor wien het uitgereikt is, moet gelden als ware 't het oorspronkelijk stuk. Art. 1.

Naar zijn inhoud is de dagvaarding eene mondelinge mededeeling en oproeping van den deurwaarder, die van deze zijne handeling eene acte opmaakt en verplicht is daarvan eene copie uit te reiken, art. 1 § 1, niet te laten nemen, zooals in 't R. R.: „edere est copiam describendi facere vel in libello complecti et dare" l. 1, § 1 D de edendo 2.13. — De kracht aan het afschrift toegekend bij art. 1 § 2 is eene afwijking van den in art. 1925 B. W. gestelden regel. Zij wordt echter door de noodzakelijkheid geboden. De gedaagde kent toch niet anders dan het stuk, dat hem wordt uitgereikt; dit alleen kan bepalen, wat en hoe dat te zijner kennis kwam. Het gevolg daarvan is, dat eene nietigheid in het afschrift niet door de geldigheid van 't oorspronkelijk stuk gedekt wordt. Een ander

gevolg is dat indien, bijv. door uitlating, in het afschrift iets anders beweerd wordt dan in het oorspronkelijke stuk, alleen het afschrift kan worden gevolgd, waarvan toepassing in eene zaak beslist bij vonnis Rechtb, Rotterdam 22 Nov. 1876 W. n°. 4052.

De uitreiking van een afschrift aan elk der gedaagden (art. 3 § 1) is eenvoudig het gevolg daarvan, dat tegen elk der gedaagden een proces gevoerd wordt, terwijl al die processen gezamenlijk in ééne behandeling worden begrepen. De uitzondering ten aanzien van echtgenooten, die niet van tafel en bed, of van goederen gescheiden zijn (art. 3 § 2), ofschoon evenzoo in het Ontwerp (I. tit. 8 art. 2 § 3) overgenomen, schijnt, zooals zij is gemaakt, niet gerechtvaardigd. Zie N. Bijdragen XVI (1866) bl. 249 en v.

Aan den persoon of de woonplaats.

Om het exploit ter kennis te brengen van den gedaagde moet het, met uitreiking van het afschrift, gedaan worden aan den gedaagde in persoon of aan zijne woonplaats.

Aan den gedaagde in persoon: d. i. waar de deurwaarder hem aantreffe, mits binnen zijn ressort. Eene uitzondering als ten aanzien van de gijzeling is gemaakt, (welke niet mag geschieden gedurende den eeredienst in kerken en op de plaats en gedurende den tijd der zittingen van gestelde machten, art. 600 n°. 1 en 2) wordt hier niet gemaakt. Enkele uitleggers van den Code, zooals Pigeau I. 182, wilden ze toegepast hebben, gelijk zij dat werd onder de ordonnantie van 1667, naar aanleiding van de bepaling omtrent de gijzeling. Verg. Jousse op art. 3 tit. II, n^t. 2. Latere uitleggers, als Carré Proced. op art. 68 n°. 346, Boncenne, II, p. 194, achten deze meening in strijd met de wet, welke niet verbiedt, terwijl zelfs een in een vroeger Ontwerp voorkomend verbod werd verworpen, volgens Locré, XXI p. 257. De deurwaarder zal evenwel het exploiteeren op die plaatsen met art. 25 B. R., art. 151, 253, 304, 306 Strafv. en art. 146 Swb. hebben goed te maken.

Aan de woonplaats: hetzij aan de eigenlijke woonplaats, en dan waar de gedaagde zijn hoofdverblijf of bij gebreke daarvan zijn werkelijk verblijf heeft, hetzij aan de gekozene, mits de keuze is gedaan voor de zaak welke de dagvaarding betreft, B. W. I. tit. 4. De woonplaats wordt om haar wettelijk karakter met den persoon gelijkgesteld. Op de woonplaats wordt hij rechtens geacht te zijn al is hij er op het oogenblik niet; het exploit mag, dáár bezorgd, geacht

worden, tot hem te moeten komen. Het behoeft dan ook aan de woonplaats niet aan den persoon zelven gedaan, noch aan hem zelven het afschrift uitgereikt te worden. Evengoed geschiedt dit aan een der huisgenooten. Verg. art. 2. Vandaar ook de vermelding in het exploit van den persoon aan wien afschrift van het exploit gelaten is, art. 5 n°. 2. Zie bladz. 34, VIII. Wie onder huisgenooten te verstaan? Zie v. ROSSEM op art. 2 n°. 2. De deurwaarder zal, als hij door onbekendheid met den persoon daarvoor reden heeft, verstandig doen met te zeggen, dat die persoon opgaf te zijn die welke hij aanduidt. Het „ainsi déclaré" van de Franschen. Zie GARSONNET II § CCXXIX.

Quid. als aan de woonplaats niemand is?

Indien de deurwaarder noch den gedaagde, noch iemand van diens huisgenooten aan zijne woonplaats vindt, stelt hij het afschrift terstond ter hand aan den burgemeester der gemeente of aan den hem vervangenden wethouder of aan het lid van den Raad, dat, bij ontstentenis van dezen, als zoodanig optreedt, art. 2 B. R., (Verg. art 77 Gemeentewet).

De deurwaarder kan in zoodanig geval, evenmin als de eischer, verplicht worden den persoon des gedaagde op te zoeken, en 't aangegeven middel is zeker het doelmatigste om het exploit den gedaagde te doen bereiken. Wellicht kan de burgemeester het terecht brengen, doch de wet vordert ook van hem niet meer dan dit zoo mogelijk te doen, art. 2. De bepaling is althans doelmatiger dan dat de deurwaarder trachte het bij een buurman kwijt te worden, zooals art. 68 C. de Pr. nog voorschreef, voordat hij bij den burgemeester gaat, en veel doelmatiger dan de aanhechting aan de deur als waarvan dan de naaste buurman onderricht werd, naar art. 4 tit. II der Ord. 1667. Zie ook art. 22 Ord. 1539. Cf. BOITARD, op art. 68, I, p. 142. Die aanhechting aan de deur had vroeger ook bij ons plaats. Zie v. D. LINDEN, I, bl. 128.

Van den deurwaarder is niet meer te vergen dan de terhandstelling van 't afschrift en als deze slechts blijkt te hebben plaats gehad, moet de rechter de beteekening als voldoende aannemen. Daartoe teekent de burgemeester het oorspronkelijk stuk (kosteloos) met gezien, terwijl de deurwaarder van de terhandstelling in het oorspronkelijke stuk evenals in het afschrift melding gemaakt. Van 't geen

de burgemeester verder mag hebben verricht, behoeft in rechte niet te blijken, art. 2.

Beteekening aan den Koning, het Koninklijk huis, den Staat.

De regel, omtrent de beteekening van het exploit van dagvaarding aan den persoon of aan de woonplaats van den gedaagde, wordt ten aanzien van den Koning, en ten aanzien van de Leden van het Koninklijk huis en den Staat gewijzigd door het voorschrift dat de beteekening moet geschieden: aan den persoon of in het parket van den Procureur-generaal bij den Hoogen Raad, art. 4 n⁰. 1.

Toen de gedingen tegen den Koning ten name van den Procureur-generaal bij den H. Raad of ten name van den Commissaris des Konings in de provincie waarin het goed gelegen is werden voortgezet (art. 6 § 2 oud), was de beteekening van de dagvaarding aan die ambtenaren niet dan eene toepassing van den regel van art. 1 § 1. Bij de wet van 1893 Stbl. n⁰. 93 is evenwel het forum privilegiatum aan den Koning bij de Grondwet, tot aan de herziening van 1887 toegekend, afgeschaft en is daardoor de beteekening van het exploit aan den Procureur-generaal eene afwijking van den regel geworden. Zij vindt, evenals voor de beteekening der dagvaarding aan de leden van het Koninklijk huis, haren grond daarin, dat de deurwaarder met zijne exploiten, van de koninklijke paleizen worde gehouden. DE PINTO II, bl. 22. „Il serait contraire au respect dû à la majesté Royale, que le Roi et les membres de sa famille reçussent d'un huissier un commandement de comparaître devant un tribunal". LE CLERCQ bij NOORDZIEK B. R. 1827/28 I, bl. 12. Wanneer de spreker daarbij voegt: „Il suffit donc que l'assignation soit remise au fonctionnaire public que la loi charge de défendre le Roi, les membres de sa famille et l'Etat," dan ziet hij voorbij dat alleen de gedingen tegen den Koning, volgens oud art. 6, worden voortgezet ten name van dien fonctionnaire public, en dat, zelfs ten aanzien van den Koning, daaruit volstrekt niet volgde, dat de aangewezen Staatsambtenaren door de wet met de verdediging des Konings belast zijn. Dat stond nergens in de wet te lezen en is thans nog veel minder het geval omdat het geding tegen den Koning wordt voortgezet ten name van zoodanigen gemachtigde als hij zal aanwijzen. art. 6 naar art. 3 der wet van 1893.

Ten aanzien van den Staat, die in de administratie vertegenwoordigd wordt door de Hoofden der Departementen van algemeen bestuur, geeft de afwijking van den regel aan den eischer gelegenheid om het exploit te doen beteekenen aan een ambtenaar, die het kan doen toekomen aan het Hoofd van het Departement tot hetwelk de ingestelde vordering betrekking heeft. Altijd evenwel is het de toepassing van het beginsel, dat de beteekening kennisgeving beöogt en dat zij dus moet geschieden langs dien weg, welke den meesten waarborg oplevert dat het exploit terecht komt.

Het parket van den Procureur-generaal. Zie Dl. I, bl. 171.

Gemeenten.

Ten aanzien van Gemeenten wordt de beteekening gedaan aan den persoon of de woonplaats van den burgemeester of van dengene die hem vervangt, art. 4, n°. 3.

Hier wordt de regel toegepast. In stede van de woonplaats, zooals die bij natuurlijke personen is aangewezen, had hier het gemeentehuis aangewezen kunnen worden, doch men vermeed dit opzettelijk omdat het niet altijd bewoond is, v. D. HONERT, bl. 159. De bepaling stemt echter geheel overeen met art. 71 der Gemeentewet, hetwelk den burgemeester doet optreden, ook als verweerder, in alle rechtsgedingen de Gemeente betreffende. Het exploit kan dan ook aan den persoon van den burgemeester ten gemeentehuize worden beteekend.

Aan Staat en Gemeente is gedacht, de Provincie schijnt vergeten. Doch, sedert de invoering der provinciale wet, volgens welker 33ste art. de Commissaris des Konings als eischer of verweerder optreedt in alle rechtsgedingen de provincie betreffende, behoeft deze leemte in de wet niet meer door analogie te worden aangevuld. De exploiten zullen aan den persoon of de woonplaats van den Commissaris des Konings of dengene die hem vervangt moeten worden beteekend. Het provinciaal gouvernementshuis als zoodanig is daardoor, evenals het gemeentehuis voor de gemeente, uitgesloten. Zie ook het Ontwerp B. I, tit. 8, art. 4, n°. 2.

Zedelijke lichamen en stichtingen.

Ten aanzien van andere zedelijke lichamen en van stichtingen, wordt de regel toegepast door de beteekening aan den persoon of de woonplaats van het hoofd des bestuurs of ter plaatse waar het bestuur zitting of kantoor houdt, art. 4, n°. 2.

Van de openbare instellingen behoefde in de wet niet uitdrukkelijk melding gemaakt te worden. Zie art. 4, n⁰. 4 van tit. 8 B. I van het Ontwerp en de toelichting daarvan (bl. 91 en 92).

Zie met opzicht tot de beteekening van exploiten in zake markverdeeling art. 5, 8 en 37 der wet van 1886 n⁰. 104. Verg voorts het aangeteekende op bl. 13.

Vennootschappen van koophandel.

Hetzelfde geldt ten aanzien van vennootschappen van koophandel, welke gedagvaard worden aan haar kantoor en zoo er geen is aan den persoon of de woonplaats van een der bestuurders; na ontbinding geschiedt de beteekening aan den persoon of de woonplaats van een der vereffenaars, art. 4, n⁰. 4.

De wetgever spreekt niet van bestuurders, maar van besturende vennooten, in tegenstelling der commanditaire, welke terecht uitgesloten worden, (v. D. HONERT, bl. 159). Hij schijnt daarbij vooral op de vennootschap onder firma het oog gehad te hebben, maar de bepaling op de nl. vennootschap toepassende zal men van bestuurders moeten spreken (Verg. art. 44 W. v. K.) — De vereffening volgens art. 32 W. v. K., ten name der firma van de vennootschap geschiedende, maakt de vereffenaars tot de vertegenwoordigers der ontbonden vennootschap. Verg, art. 56 K.

Faillissement.

Eindelijk vindt de regel zijne toepassing ten aanzien van den boedel van iemand, die in staat van faillissement is verklaard, door de beteekening aan den persoon of de woonplaats van een der curators, art. 4, n⁰. 5.

Ten aanzien van den boedel. De gefailleerde verliest de bevoegdheid om in rechte op te treden alleen waar het de belangen des boedels betreft; alleen daarvan is hem het beheer en de beschikking ontnomen. Art. 25 der faillissementswet bepaalt in overeenstemming daarmede dat rechtsvorderingen, welke rechten of verplichtingen tot den faillieten boedel behoorende ten onderwerp hebben, zoowel tegen als door den curator worden ingesteld. De staat van kennelijk onvermogen, waarvan art. 4 n⁰. 5 spreekt, is met de invoering der faillissementswet vervallen, als hebbende die staat zich

in dien van faillissement opgelost. In faillissement kent de wet wel curators geen bewindvoerders; art. 4 n°. 5 gaat van een andere onderstelling uit.

Uitzondering voor gezamenlijke erfgenamen.

Eene uitzondering wordt op den regel toegelaten voor het geval dat gezamenlijke erfgenamen van de overledene tegenpartij worden gedagvaard. Aan hen geschiedt de beteekening, gelijk zij gedagvaard worden, in ééns, aan het sterfhuis, doch niet na verloop van één jaar na het overlijden des erflaters; art. 4 n°. 6.

Deze bijzondere bepaling schijnt ontleend aan het Wetb. van Genève, art. 41: „Toute signification d'exploit aux héritiers d'une „partie décédée depuis moins de six mois pourra leur être faite „collectivement, sans désignation de noms et de qualités au domicile „qu'avait le défunt." De C. de pr. kende in art. 447 die collectieve dagvaarding met opzicht tot de beteekening van het vonnis aan de erfgenamen van eene veroordeelde partij om de schorsing van den termijn van appèl te doen ophouden. Ook was dit voorbeeld gevolgd door onzen wetgever in art. 341 B. R., doch de afschaffing der beteekening van het vonnis om den termijn van appèl te doen loopen deed met die beteekening dit bijzonder voorschrift omtrent beteekening aan de erfgenamen, in 1896, vervallen. De bepaling wordt bij ons nog bijzonder toegepast in art. 199 faillissementswet.

De reden van de bepaling ligt in de tegemoetkoming aan het bezwaar der kosten, welke de dagvaarding van ieder erfgenaam persoonlijk zou veroorzaken, en het bezwaar om alle erfgenamen met naam en woonplaats te kennen. De wetgever kon daaraan op deze wijze tegemoetkomen, omdat de eischer toch zijne rechten doet gelden tegen den boedel des overledene, welke tusschen de erfgenamen onverdeeld is, want het verband van dit voorschrift met art. 1147 en 1113 B. W. en art. 126, § 12, n°. 2 B. R. leidt er toe, dat het buiten toepassing geraakt als de boedel verdeeld is, niettegenstaande de woorden: „tot dat de boedelscheiding gedaan is" die in een vroeger Ontwerp voorkwamen door de woorden „edoch niet langer dan gedurende één jaar na het overlijden" vervangen zijn. Zie Ned. Jaarboeken IX (1849), bl. 92. Zie echter de bedenkingen tegen deze meening gemaakt door v. Rossem op art. 4 bl. 23.

Is er evenwel een jaar na het overlijden verloopen, al is dan de

boedel niet gescheiden, dan bestaan niet meer dezelfde redenen voor de uitzondering.

De Civilprozessordnung bevat eene dergelijke bepaling niet. In de „Begründung des Entwurfs" op § 150 (bl. 184) wordt daarvan gezegd. „Eine Bestimmung über die Zulässigkeit der Insinuation im Sterbehause „für mehrere Erben (preuss. A. G. O. I., 7 § 32) hat der Entwurf nicht übernommen, da sie bereits von preussischer Seite selbst als entbehrlich und bedenklich gekennzeichnet worden ist (vgl. REINHART preuss. Ges. Revis. Pens. IV Th. III Abs. 1. S. 93 ff., Motive zum preuss. Entw. S. 42)." Als men bedenkt tot hoevele vragen art. 4 n°. 6 aanleiding geeft en welke bezwaarlijk op te lossen moeilijkheden daaruit ontstaan, waarover te vergelijken het proefschrift „de collectieve dagvaarding" in 1888 te Leiden verdedigd door Mr. C. Q. W. L. C. VAN DER DUYN, dan zal men geneigd zijn den duitschen wetgever gelijk te geven. Wèl doordacht is onze bepaling zeker niet. Men lette alleen op de voordeelen die zij kan geven.

De in art. 4, n°. 6 voorkomende uitdrukking: „ten aanzien van overledenen" is zeker niet juist, maar zij kan toch op geene andere vorderingen terugslaan dan op die welke men ook tegen den overledene had. In dezelfde beteekenis spreekt de wetgever in art. 1231, n°. 1 B. W. van eene hypothecaire inschrijving op de goederen van een overledene, ten name van dien overledene. Zoo spreekt Genève van „héritiers d'une partie décédée". Legatarissen zullen alzoo van deze bepaling geen gebruik kunnen maken, ofschoon gelijke ratio (althans wat het punt der kosten betreft; niet, wat de kennis der erfgenamen betreft, die met de uitkeering van het legaat belast zijn), ook voor hen hare toepassing zou kunnen vorderen. Toch heeft de wetgever hen niet genoemd en hij schijnt niet aan hen gedacht te hebben, toen hij de woorden: „ten aanzien van overledenen" in de plaats stelde van: „ten aanzien van nalatenschappen", vreezende dat anders de bepaling niet op de schuldeischers kon worden toegepast, voor welke zij meestal zou te pas komen, v. D. HONERT, bl. 160. Eene andere meening wordt ontwikkeld door Prof. DIEPHUIS in het Tijdschrift voor Ned. Recht, VIII (1875) bl. 150. Mochten al, naar ons vroeger recht, vorderingen ten aanzien van overledenen, met die welke het erfhuis betreffen gelijk staan, niets doet vermoeden dat dit begrip van erfhuis, dat niet is uitgedrukt, den wetgever voor den geest zweefde. Noch de beraadslagingen wijzen daarop, noch de

wet van 1799 of die van 1809, welke althans eene bepaling als die van art. 4 n°. 5 niet inhouden. De woorden: „ten aanzien van overledenen" beletten ook partij te trekken van l. 7 D. 42, 5. Overeenkomstig het door mij verdedigde gevoelen werd nog geoordeeld door het Hof van 's Hertogenbosch 14 Januari 1890 W. n°. 5879 bevestigende de uitspraak van de Rechtbank aldaar. De H. Raad was evenwel, bij arr. van 30 Oct. 1890, W. 5956, van een ander gevoelen, overwegende dat art 4 n°. 6 B. R. in een gezonden zin moet verstaan worden als te zijn van algemeene strekking en dus niet enkel de vorderingen van de schuldeischers des overledenen, maar evenzeer van diens legatarissen tegen de erfgenamen te betreffen. Het komt mij voor dat de H. R., s. r., het artikel wel wat heeft geforceerd om het dien gezonden zin te doen opleveren, en dat het aan de beraadslagingen ontleende negatief argument veel van zijne waarde verliest als men zich bij de waardeering van die beraadslagingen de vraag stelt: waarom zouden de schuldeischers niet in het artikel begrepen zijn, als de oorspronkelijke tekst was behouden? Doch de methode van interpretatie heeft hier meer belang dan het resultaat, dat aan eene goede rechtsbedeeling zeker niet zal schaden. In de conclusie van den adv.-gen. GREGORY, met welke de H. R instemde, wordt litteratuur en jurisprudentie over dit ontwerp meegedeeld. Later werd het nog besproken door Mr. H. FRIMA, die alleen in den, aan den door den H. R. aangenomen, tegenovergestelden zin goed hollandsch terugvindt. W. n°. 5965 en 5966 onder de Berichten. Ook Mr. VAN ROSSEM is, bl. 21, het hierboven verdedigde gevoelen toegedaan. Het Gerechtshof te Amsterdam besliste bij arr. van 20 Febr. 1894 W. 6499, dat art. 4 n°. 6 bedoelt de vorderingen die een overledene betreffen en tegen de erfgenamen als zoodanig worden ingesteld.

Terecht was de Rechtbank te Assen (20 April 1897, W. 6966) van oordeel, dat bij de collectieve dagvaarding noch art. 2, noch art. 12 van toepassing is. Immers de beteekening aan het sterfhuis wordt toegelaten om den eischer van de verplichting om naar de erfgenamen te zoeken te ontslaan en omdat de erfgenamen kunnen geacht worden dáár te zijn. Van onderscheiden termijnen kan geen sprake zijn bij het éene sterf huis.

Het Ontwerp, art. 4, n°. 7, bepaalt dat de exploiten worden gedaan „ten aanzien van den boedel van een overledene of van de gezamenlijke erfgenamen aan deze laatste in eens", enz. De gespa-

tieerde woorden zouden m. i. kunnen wegvallen. Zie N. Bijdragen XVI (1866) 251 en v.

De bepaling van art. 4, n°. 6 is niet tot de beteekening van het exploit beperkt. Noodzakelijk brengt zij mede dat, in het onderstelde geval, de namen en woonplaatsen der gedaagde erfgenamen niet in het exploit behoeven vermeld te worden. Niet alleen beoogde de wetgever vermijding van kosten, maar hij ging ook van de onderstelling uit dat dikwijls de namen, het getal en de woonplaats der erfgenamen niet bekend zijn. Inderdaad slaan ook alleen de woorden: „ter laatste woonplaats" en het „in eens" op de beteekening terug. Het „zonder uitdrukking van namen en woonplaatsen" heeft geen betrekking tot de beteekening, omdat dergelijke uitdrukking daarbij in 't geheel niet te pas komt. De uitdrukking van naam en woonplaats is daarentegen een vereischte tot den inhoud van het exploit volgens art. 5, n°. 2. In het Wetb. v. Genève kwam deze beteekenis van art. 41 duidelijk uit, dewijl aan art. 41 voorafgaat de bepaling omtrent den inhoud van het exploit in art. 34. In art. 199 faillissementswet komt ook duidelijk uit, dat het weglaten der namen op de dagvaarding en niet op de beteekening terugslaat: „de erfgenamen worden op het verzoek gehoord of daartoe opgeroepen bij een exploot, aan het sterfhuis te beteekenen, zonder dat het noodig is hen" (natuurlijk bij die oproeping) „bij name aan te duiden". Verg. art. 767 oud K.

De dagvaarding van de gezamenlijke erfgenamen brengt mede, dat de vordering tegen den boedel wordt ingesteld. Het is niet enkel eene vereenvoudiging in eene formaliteit, maar zij heeft kennelijk eenen materieel-rechtelijken grondslag in der crediteuren recht op den nagelaten boedel, waarop zij crediet verleenden en dat de wetgever met zoovele woorden erkent in artt. 1147 en 1113 B. W. en handhaaft in art. 1153 vv. en in art. 126 § 12 n°. 2 B. R. In verband daarmede kon de wetgever eene dagvaarding van de gezamenlijke erfgenamen toelaten.

Woonplaats onbekend.

De beteekening aan de woonplaats wordt onmogelijk, wanneer deze niet bekend is. Het middel, waardoor dan het exploit zooveel doenlijk ter kennis gebracht wordt van den gedaagde, bestaat in:

1°. aanplakking van een afschrift aan de hoofddeur van de gehoorzaal des rechters voor wien de vordering gebracht wordt;

2°. overgifte van een afschrift aan den ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij het rechterlijk college of, zoo de dagvaarding geschiedt voor den kantonrechter, aan den persoon of de woonplaats van den burgemeester of van dengene die hem vervangt;

3°. aankondiging van het gedaan exploit in een der dagbladen van de plaats waar de rechter zitting houdt of, bij gebreke daarvan, in dat van eene naburige plaats, art. 4, n°. 7 en n°. 8 § ult.

Wanneer de woonplaats niet bekend is, wil in verband met art. 74 B. W. zeggen, wanneer noch hoofdverblijf, noch werkelijk verblijf bekend is, want bij ontstentenis van het eerste geschiedt de dagvaarding aan het tweede. Doch hierbij moet in het oog gehouden worden dat het werkelijk verblijf binnen het Koninkrijk ook de aangewezen plaats is voor de beteekening aan hen, die buiten 's lands of in de koloniën wonen en binnen het Koninkrijk verblijf houden.

In art. 4 n°. 7 wordt, behalve van de zoodanige personen wier woonplaats onbekend is, ook nog gesproken van „houders van aandeelen in geldleeningen of maatschappijen, welke niet op naam staan en waarvan de eigenaren uit dien hoofde onbekend zijn", maar kan men van deze personen juist omdat zij onbekend zijn niet zeggen dat hunne woonplaats niet bekend is? Daarom werd deze bepaling dan ook als overbodig in het Ontwerp weggelaten. Zie de mem. v. toel. (uitg. Belinfante) bl. 92 op art. 4, 8° al. 2*a*. Bij de wet van 1896 werd de bepaling van art. 7 nog uitdrukkelijk toegepast op naamlooze vennootschappen, bestaande of ontbonden, bij gebreke van vennootschappelijk kantoor, bestuurder of vereffenaar, of wanneer de bestuurder of vereffenaar geen bekende woonplaats en geen bekend verblijf in het Koninkrijk heeft. Ook is de bepaling uitdrukkelijk toepasselijk gemaakt op exploiten in aanhangige gedingen. En voorts voor alle exploiten, ook buiten geding, geregeld in lid 5. Van deze laatsten moet eveneens de beteekening geschieden aan den ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij de Rechtbank binnen wier ressort hij te wiens verzoeke het exploit gedaan wordt zijne woonplaats heeft en de aanplakking aan de hoofddeur van de gehoorzaal dier rechtbank.

De onder n°. 1 en n°. 2 genoemde wijzen van bekendmaking zijn aan den Code, art. 69, ontleend; die onder n°. 3 is eene eerst bij

de herziening van het wetboek van 1830 gemaakte bijvoeging. Die wijze van publiekmaking was overigens reeds in de oud-hollandsche praktijk gebruikelijk geworden naast „de publicatie van de puye van de Groote Zaal van 't Hof en de copie ad valvas curiae", v. D. LINDEN, Jud. pract. I, bl. 332. Wellicht kon men nu n°. 2 en n°. 3 of zelfs het laatste alleen, (Cf. 't belgische Ontwerp I tit. I, art. 14 en de toelichting), voor voldoende houden, doch de ontwerper behoudt alle drie, art. 4, n°. 8.

2°. overgifte van afschrift aan den ambtenaar van het O. M. De voldoening aan dit voorschrift blijkt, behalve uit het relaas des deurwaarders, wat hier niet, zooals in art. 2, § 2, uitdrukkelijk bevolen wordt, door de teekening voor gezien, welke de ambtenaar van het O. M. op het oorspronkelijk stuk moet plaatsen. Er bestaat geen reden, dat dit laatste niet zou moeten plaats hebben, indien het afschrift aan den burgemeester overgegeven wordt (verg. art. 2 § 1), doch dit wordt hier niet uitdrukkelijk voorgeschreven. Waarom de burgemeester in dit geval het afschrift moet toezenden aan den ambtenaar van het O. M. is niet duidelijk, al zegt de slotbepaling van n°. 8 „ten einde als bij voorzeide nommers (dus ook bij n°. 7) vermeld", want n°. 7 wijst dit niet aan. — Opmerking verdient het dat in het geval dat degene, die een wisselbrief moet betalen, geheel onbekend of niet te vinden is, zooals art. 180 § 3 K. het uitdrukt, het protest moet gedaan worden aan het postkantooor van de ter betaling aangewezen woonplaats en eerst dan, wanneer er geen postkantoor in die gemeente is, aan het hoofd van het plaatselijk bestuur. Hoe men daar aan het postkantoor gekomen is, is niet duidelijk. Wellicht is de gedachte ontleend aan PHOONSEN, Wisselstijl Cap. 17 § 15, ofschoon deze voor hetzelfde geval op eene geheel andere wijze van het postkantoor gebruik gemaakt wil hebben, nl. om daar te vragen naar de woonplaats.

Men twist niet zonder reden over de vraag, of het exploit in zijn geheel in het dagblad moet worden opgenomen of niet. Zou niet de bepaling, dat het gedaan exploit moet worden aangekondigd, in de meest natuurlijke beteekenis worden opgevat als men haar duidt in dien zin, dat aangekondigd moet worden het feit dat het exploit gedaan is en het dus daarbij op den geheelen inhoud niet aankomt? Wanneer evenwel als in art. 523 B, W. en 785 B. R. wordt gezegd dat de dagvaarding in de nieuwsbladen moet worden ge-

plaatst, dan moet wel het exploit in zijn geheel in de dagbladen worden opgenomen, gelijk dan ook pleegt te geschieden. Zie VAN ROSSEM bl. 26.

In het rekening-proces B. R. (III Bk. tit. 5) kent de wet eene openbare dagvaarding welke in art. 784 wordt voorgeschreven in geval rekening zal worden gedaan aan eene massa belanghebbenden of aan belanghebbenden welke slechts ten deele bekend of er onder hen afwezigen zijn. De openbaarheid bestaat volgens art. 785 in de door de Rechtbank bevolen plaatsing der dagvaarding in een of meer dagbladen en aanplakking daarvan aan de vergaderplaats van het rechterl. college. Waarschijnlijk wordt hier met die vergaderplaats de hoofddeur der gehoorzaal bedoeld van art. 4 n°. 7 of de voorname deur der vergaderplaats van art. 523 B. W. waar de openbare dagvaarding bij afwezigheid geregeld wordt. Zie ook art. 549 B. W.

Woonplaats in de koloniën of buiten 's lands.

Heeft de gedaagde zijn woonplaats in de koloniën van den Staat of buiten 's lands, zonder dat hij in het Koninkrijk verblijf houdt, dan wordt in het bezwaar, dat er voor den eischer hier te lande bestaat om het exploit te doen beteekenen, voorzien door de beteekening aan den ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij het college, bij hetwelk het geding moet dienen of aanhangig is, of, voor kantongerechtzaken, aan den burgemeester die het afschrift aan den ambtenaar van het O. M. doet toekomen. De ambtenaar van het O. M. zendt het afschrift, naar gelang van de woonplaats des gedaagde, aan het Departement van Koloniën of aan dat van Buitenlandsche Zaken, art. 4, n°. 8.

Het is duidelijk dat buiten 's lands hier beteekent: buiten het Koninkrijk in Europa en de koloniën. De gewone, ofschoon niet standvastige beteekenis van buiten 's lands is, dat ook de koloniën daaronder begrepen zijn, zoodat het staat tegenover: het Koninkrijk in Europa. Zie art. 6 Alg. Bep., art. 5, n°. 2, 434 n°. 1 B. W. Anders in 't opschrift van B. I., tit. 5, afd. 5 B. W., en in art. 207. Verg. NIENHUIS Voorlezingen, bl. 156, n^t. 2, bl. 172, n^t. 1.

Openbaarmaking van het exploit komt in dit geval, waar de woonplaats bekend is, maar onbereikbaar geacht wordt, niet te pas. Daarom wordt hier ook ten onrechte, als gold dit ook voor het geval van

n°. 8, in de slotbepaling van het artikel van het tweede afschrift gesproken. Het afschrift dat anders aan den ambtenaar van het O. M. wordt overgegeven, wordt, als het een zaak bij 't kantongerecht betreft, aan den burgemeester ter hand gesteld en deze doet dit dan aan den Officier toekomen. Anders kantonrechter te Maastricht 19 Augustus 1884 W. n°. 5100, die in de eerste plaats den ambtenaar van het O. M. bij het kantongerecht met een afschrift bedacht wil zien en dan, naar het schijnt, een tweede voor den burgemeester bestemd acht. De verwarring, die er kennelijk in de slotbepalingen heerscht, wordt op deze wijze niet ontward, maar nog grooter gemaakt door geheel vreemde bestanddeelen in de bepaling te brengen. Men had dit in 1896 gemakkelijk kunnen verbeteren. Doch de H. H. HARTOGH en COSMAN verdedigen (blz. 5) het verzuim met een beroep op het: „Minima non curat praetor." Waren de andere aanvullingen in n°. 7 en 8 van het artikel zooveel gewichtiger? zou men kunnen vragen. — Ook hier is het teekenen voor gezien alleen aan den ambtenaar van 't O. M. voorgeschreven. — Is die tusschenkomst van O. M. en departementen van algemeen bestuur wel het eenvoudigste en doelmatigste middel? „Les exploits concernant des personnes établies à l'étranger seront adressées, par lettre que l'huissier recommandera à la poste, au lieu de leur résidence." Dus art. 13, tit I, B. I. van Belg. Ontwerp overeenkomstig hetgeen in België reeds bij een besluit van den Gouverneur-generaal van 1 April 1814 in afwijking van den Code bepaald was. Verg. hierover de aanteekening onder Q. 374, 5°. ingelascht in de brusselsche editie van CARRÉ, Lois de la procédure T. I. p. 386 vv. Op den omslag, die volgens het voorschrift onzer wet wordt gemaakt en op een middel van verbetering door verandering van art. 4 n°. 8 wees G. T. in W. n°. 3768. Bij eene herziening welke art. 69 § 9 C. d. pr. in 1882 in Frankrijk onderging, werden alleen de onderscheidene autoriteiten nader aangewezen. Zie het art. in de uitg. van RIVIÈRE c. s. en de daar aangehaalde circulaire. Voor het buitenland wordt, naar aanleiding van een verdrag, goedgekeurd bij de wet van 31 December 1897 n°. 275, nog eene andere wijze van exploiteeren voorgesteld bij een nieuw art. 4*a* tusschen de art. 4 en 5 in te voegen, (zie art. I van het gewijzigd ontwerp van wet in Handelingen der Staten-Generaal. Bijlagen 1899—1900 n°. 10.2) en dit ook op de koloniën toepasselijk gemaakt.

Indien het exploit bestemd is voor iemand wiens woonplaats of plaats van werkelijk verblijf is in een Staat, die zich bij verdrag verbonden heeft tot het overmaken van gerechtelijke of buitengerechtelijke stukken of in eene kolonie van den Staat, kan het exploit ook nog op de volgende wijze plaats hebben.

Het exploit wordt dan gedaan hetzij aan den persoon of aan de woonplaats of bij gebreke van dien aan het werkelijk verblijf in den vreemden Staat of de kolonie. Daartoe worden twee afschriften der akte inhoudende het exploit met de daarbij overgelegde stukken door den deurwaarder ter hand gesteld aan den officier van justitie, bij de rechtbank binnen welker rechtsgebied de zetel is van het kantongerecht, indien het geding moet dienen of aanhangig is voor een kantongerecht, aan den officier van justitie bij de rechtbank voor welke het geding moet dienen of aanhangig is, aan den officier van justitie ter plaatse waar de zetel van het Gerechtshof gevestigd is, indien de zaak voor een Gerechtshof moet dienen of aanhangig is; eindelijk aan den officier van justitie te 's Gravenhage, indien het geding moet dienen of aanhangig is voor den Hoogen Raad. De officier van justitie zendt de beide afschriften en de overgelegde stukken, zoo zij voor iemand in het buitenland bestemd zijn, aan het Departement van Buitenlandsche Zaken en, zoo zij voor iemand in eene kolonie van den Staat bestemd zijn, aan het Departement van Koloniën. Art. 4*a* van het Ontwerp hierboven aangewezen.

Deze wijze van exploiteeren houdt, gelijk ik reeds opmerkte, wat het buitenland betreft, verband met het verdrag goedgekeurd bij de wet van 31 December 1897 n°. 275. Bij gelegenheid van de wijzigingen, welke in het Wetb. v. Burg. Rechtsvordering tengevolge van dat verdrag worden voorgesteld bij het in den tekst aangehaalde art. 4*a* van het daarbedoelde wetsontwerp, heeft de wetgever de bepaling voor het buitenland ook op de Koloniën toepasselijk gemaakt.

Men houde in het oog dat, terwijl naar art. 4 n°. 8, van de tusschenkomst van den Ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij het rechterlijk college voor hetwelk het geding dienen moet, sprake is en alzoo de tusschenkomst van den Procureur-generaal bij den Hoogen Raad of bij een Gerechtshof noodig kan zijn, naar deze

nieuwe bepaling altijd en uitsluitend een officier van justitie in de zaak wordt gemoeid.

De deurwaarder maakt in de acte, inhoudende het exploit, melding van den officier van justitie aan wien de beide afschriften (met de overgelegde stukken) zijn ter hand gesteld met opgave van den dag, waarop dit is geschied.

Aan de zorg van het Departement van Buitenlandsche Zaken of aan dat van Koloniën is het nu overgelaten, dat een der afschriften met de overgelegde stukken tegen een gedagteekend en gelegaliseerd ontvangbewijs wordt ter hand gesteld aan hem voor wien het bestemd is, of dat het, overeenkomstig de voorschriften der buitenlandsche of koloniale wet, hetzij aan diens persoon, hetzij aan diens woonplaats of bij gebreke daarvan, aan diens werkelijk verblijf worde beteekend.

Het Departement van Buitenlandsche Zaken of dat van Koloniën zendt het bij hetzelve verbleven afschrift van het exploit met het ontvangbewijs of de verklaring der beteekening aan den officier van justitie die, zoodra hij een en ander heeft ontvangen, de stukken doet toekomen aan den deurwaarder van dengene op wiens verzoek het exploit werd overgebracht en gedaan.

Die verzoeker is jegens den Staat aansprakelijk voor de kosten op de afgifte tegen ontvangbewijs of beteekening van het stuk vallende. Als waarborg voor de dekking dier kosten kan van den verzoeker een voorschot worden gevorderd tot een bedrag door den officier van justitie te bepalen. Zie art. 4*a* lid 4, 5 en 6 in verband met lid 2.

Uit deze bepaling blijkt, dat voor de overzending van de stukken naar het buitenland of naar de Koloniën geen kosten worden in rekening gebracht.

Dagvaarding, enz. aan getr. vrouw.

Eene bijzondere bepaling geldt voor dagvaardingen en alle andere exploiten, welke aan de getrouwde niet van tafel en bed gescheiden vrouw ten verzoeke van haren man worden uitgebracht. Zij moeten nl. geschieden aan haar in persoon of aan haar werkelijk verblijf. Wanneer de vrouw evenwel verblijft ter woonplaats van haren man, dan moeten de exploiten geschieden aan haar in persoon of, indien de deurwaarder haar aan de woonplaats van den man niet vindt, aan het hoofd van het plaatselijk bestuur, die het oorspronkelijk stuk kosteloos met „gezien"

moet teekenen en het afschrift zoo mogelijk aan de vrouw zal moeten doen toekomen. In dit laatste geval moet het exploit bovendien worden aangekondigd in een dagblad der woonplaats van den man of bij gebreke daarvan, van eene naburige plaats en een afschrift van die aankondiging zal moeten worden aangeplakt aan de buitenzijde der hoofddeur van het door hem bewoonde huis. Indien de vrouw geen bekend verblijf in het Koninkrijk heeft, waar zij dan overigens moge verblijven, moet de beteekening van het exploit geschieden overeenkomstig het bepaalde bij n°. 7 tweede lid en vv. van art. 4. Art. 4 n°. 9.

Zoolang het huwelijk de innigste levensgemeenschap van man en vrouw ten doel heeft en in verband daarmede de vrouw verplicht zal zijn met den man samen te wonen (art. 161 B. W.) is daarvan zeker een natuurlijk gevolg dat de woonplaats van de vrouw die is van den man (art. 78 B. W.) en ieder derde, die aan de vrouw dagvaardingen, aanzeggingen of beteekeningen heeft te doen en van de bevoegdheid in het algemeen gegeven wil gebruik maken om het exploit te doen en afschrift daarvan te laten aan hare woonplaats, doet dit met recht aan de woonplaats van haar man. Immers al is zij daar feitelijk niet, zij wordt toch rechtens geacht daar te zijn en bovendien heeft de man de vrouw niet alleen bijstand in rechte te verleenen, maar hij is ook bevoegd voor haar in rechte te verschijnen. Art. 160 § 2, 165, 166 B. W. Eerst wanneer de vrouw van tafel en bed is gescheiden, heeft zij hare eigene zelfstandige woonplaats. Maar buiten dat geval is met recht aan te nemen dat een exploit voor de vrouw, afgegeven aan de woonplaats des mans, voor zooveel noodig ook te harer kennis moet komen. Anders is het evenwel wanneer het exploit van den man zelven uitgaat. Zoodanig exploit aan de woonplaats des mans gedaan behoeft der vrouw niet in handen te komen en zoo zoude, in verband met art. 82 B. R. § 1, 4de lid: „ingeval van echtscheiding of van scheiding van tafel en bed", de uitspraak des rechters buiten de vrouw om haar beslag kunnen krijgen. Daarom is bij de wet van 1896 eene nieuwe bepaling (n°. 9) in art. 4 opgenomen, volgens welke beteekening van exploiten die van den man uitgaan aan de vrouw in persoon of aan haar werkelijk verblijf moeten geschieden. Is dan dat werkelijk verblijf de woning van den man, doch is de vrouw daar niet op het oogenblik dat de ambtenaar exploit wil doen, dan wordt door hem gehandeld als met

iemand die noch zelf noch wiens huisgenooten aan zijne woning worden gevonden. Aan een der huisgenooten van den man kan het voor de vrouw bestemde exploit niet geldig afgegeven worden. Houdt zij elders verblijf, dan kan aan dit verblijf ook een der huisgenooten het exploit aannemen. En is daar niemand, dan wordt art. 2 toegepast.

De aankondiging van het exploit in een dagblad, welke hier bovendien moet plaats hebben, bevat echter alleen de dagteekening, de aanwijzing van den persoon ten wiens verzoeke het exploit gedaan is en van de persoon voor wie het bestemd is, den naam van den deurwaarder en van den persoon aan wien hij het afschrift liet. Bij eene dagvaarding komt daar nog bij de aanwijzing van den rechter met dag en uur der terechtzitting en, bij beteekening van vonnissen of beschikkingen, de rechter door wien zij werden gewezen en den dag waarop dit geschied is.

Het aan de hoofddeur der echtelijke woning aangeplakte afschrift van die aankondiging houdt natuurlijk niet anders in dan deze zelve. Op verzoek van de vrouw moet de deurwaarder dit aanplakbiljet onmiddellijk verwijderen. Te zijner verantwoording en ten bewijze dat de verwijdering ten verzoeke van de vrouw heeft plaats gehad, zal de deurwaarder van deze zijne handeling wel een procesverbaal moeten opmaken. Art. 447 Swb.

Scheepsboord.

In handelszaken kan de dagvaarding van een schipper, officier, scheepsgezel of passagier, niet alleen met beteekening van het exploit aan den persoon of de woonplaats, maar ook aan scheepsboord geschieden, art. 313 B. R.

„Het schip wordt geacht het domicilie van den schepeling of passagier te zijn", zeide de Regeering, bij de behandeling van deze bepaling, v. D. HONERT, ad § 313. Ware dit zoo naar de wet, dan zou de bepaling overbodig zijn. De Regeering bedoelde: men mag het schip hier als woonplaats behandelen omdat het in ieder geval het werkelijk verblijf mag heeten, en 't exploit zal dáár gedaan 't best aan den bedoelden persoon terecht komen.

De plaatsing van art. 313 in verband met 298 moet het tot handelszaken doen beperken. Dus DE PINTO § 299, in overeenstemming met CARRÉ, Q. 1503, OUDEMAN I, bl 332. Anders S. F. J. RAU, Acad. proefschr. over rechtspleging in zaken van koophandel. Leiden 1860,

bl. 50 v. De ratio reikt verder en daarom is het voorschrift in het Ontwerp, art. 4, n°. 10 met recht uitgebreid. Zie de toelichting, bl. 92.

Heeft iemand zijne woonplaats in een schip, dan volgt de geldigheid der dagvaarding aan boord uit art. 1.

Uitwendige vereischten.

Bij het opmaken van het exploit (de acte) van dagvaarding, heeft de deurwaarder, behalve de voor eene ordelijke procesvoering noodig geachte formaliteiten, nog andere in acht te nemen, welke als uitwendige vereischten, tegenover de tot dusver behandelde kunnen gesteld worden, die men dan inwendige kan noemen. Hij moet alzoo:

Gezegeld papier.

1°. Voor de acte, zoo voor het oorspronkelijk stuk als voor de afschriften, gezegeld papier gebruiken. Art. 13 wet van 3 October 1843, n°. 47, j°. art. 3 der wet van 31 Mei 1856, n°. 165.

Uit de aangehaalde bepalingen volgt van welk bedrag het hier te gebruiken formaatzegel ten minste moet zijn, nl. 15 (22½) centen. De sanctie der bepaling ligt in de bedreigde boete ten bedrage van *f* 25, (zegge: *f* 37.50), volgens art. 13 laatste lid en in het verbod aan den rechter om op de niet van behoorlijk zegel voorziene stukken recht te doen, volgens art. 8 der wet van 1843. Naar dit artikel 8 is het den deurwaarder ook op eene boete van *f* 50 (zegge *f* 75) verboden exploit te doen krachtens of ten gevolge van eenig stuk, hetwelk niet van behoorlijk zegel, volgens de wet, is voorzien.

Registratie.

2°. Het oorspronkelijk stuk binnen vier dagen doen registreeren, art. 20 der wet van 22 Frimaire VII.

De sanctie dier verplichting ligt in de bedreigde boete van 25 fr. (*f* 18.75 art. 19 wet 1882 n°. 92 in verband met art. 2 wet 1824 n°. 36), in geval van verzuim, in de nietigheid van het exploit en in de aansprakelijkheid des deurwaarders voor het recht, d. i de belasting, jegens de schatkist en tot schadevergoeding jegens de partij, art. 34 der aangeh. wet.

Het recht van registratie op het exploit verschuldigd is in den regel dat bij art. 68 § I, n°. 30 der wet van Frimaire bepaald. Verg. art. 11 der wet van 31 Mei 1824, n°. 36 en art. 19 der wet van 1882 n°. 92 (*f* 1.20).

De aangehaalde voorschriften strekken tot zekerheid van de belas-

ting; de formaliteit is om de belasting noodig; zij geeft aan het stuk niet de zekere dagteekening, welke het als authentieke acte reeds in zich zelf heeft, maar wel wordt het bestaan van het stuk in het algemeen er door geconstateerd. In verband met de registratie staat de verplichting des deurwaarders tot het houden van een register of repertoire van zijne acten, art. 12, Reglement n°. 4, waarover nader in art. 49—53 der wet van Frimaire.

3°. Aan den voet van het exploit eene afzonderlijke opgave doen van zijne verdiensten en verschotten, overeenkomstig het tarief, art. 11, Regl. n°. 4.

Salaris en verschot.

De sanctie ligt in verbeurte van aanspraak op vergelding. Zie het aangeh. artikel.

4°. Het stuk duidelijk en nauwkeurig schrijven, art. 12 Regl. n°. 4.

Duidelijk schrift.

Sanctie in verbeurte van salaris. Bij de inachtneming dezer bepaling tevens optevolgen artt. 4, 13 der wet op het zegel. De wet op het zegel geeft den deurwaarders verlof om voor hunne exploiten het kleinste formaatzegel, van 22^5 cent, te bezigen. Wanneer hun nu al de verplichting wordt opgelegd om niet meer dan 30 regels op eene bladzijde te schrijven en zij volgens art. 4 der zegelwet ter hoogte van of onder den afdruk van den zegelstempel moeten aanvangen en vervolgen, dan bevordert de daaruit voortvloeiende bevoegdheid om 30 regels op die kleine bladzijde op te nemen; de voorgeschreven duidelijkheid zeker niet. En eischt de uitgebreidheid van het exploit een zegel van 37^5 cent, dan weet een zuinig deurwaarder dit ook dus te vouwen dat hij er vier bladzijden van maakt. Zie over het gebrek aan duidelijkheid van schrift in de exploiten Mr. Ed. Jacobson in Themis 1894 bl. 649 vv., die evenwel aan art. 12 Regl. IV niet schijnt gedacht te hebben.

Met dat art. 12 te vergelijken Decreet van 29 Août 1813 (bij Rivière c. s. p. 177) en over de noodzakelijkheid van het leesbaar schrijven der over te leggen afschriften, Nicias Gaillard Traité des copies de pièces, 1839.

§ 58. DE TERMIJNEN BIJ DE DAGVAARDING IN ACHT TE NEMEN.

Strekking.

De in het exploit aantewijzen dag van verschijning is afhankelijk van den termijn, welke er tusschen den dag waarop het exploit gedaan wordt en den dag van verschijning verloopen moet. Die termijn is door de wet voorgeschreven ten einde den gedaagde gelegenheid te geven om zich op zijne verschijning voortebereiden, bepaaldelijk bij de colleges door voor het stellen van een procureur te zorgen, en te komen.

Verg. LE CLERCQ bij NOORDZIEK B. R. 1827/28, I. bl. 13 en 15, DOTRENGE ald. bl. 64 en BARTHÉLÉMY bl. 67.

Onderscheiding.

Bij de vaststelling van die termijnen maakt de wetgever onderscheid 1°. tusschen de dagvaarding voor de rechterlijke colleges en die voor de kantongerechten. Wat de lengte der termijnen betreft zijn zij 2°. te onderscheiden, in gewone, verlengde en lange termijnen. Eindelijk maakt het 3°. verschil of de dagvaarding eene handelszaak betreft of niet.

Bij de colleges: Gewone termijn.

A. Bij de rechterlijke colleges is de gewone termijn van acht dagen. Art. 7 § 2.

Deze moet worden in achtgenomen als de gedaagde woont of verblijf houdt binnen het rechtsgebied van het Gerechtshof, waar de rechter voor wien hij gedagvaard is, zitting heeft.

Verlengde termijn.

De verlengde termijn bestaat uit den gewonen vermeerderd met acht dagen. Art. 8 § 2.

Hij komt te pas als de gedaagde binnen het rechtsgebied van een ander Gerechtshof woont, art. 8 § 2 (1877 n°. 138).

De bezwaren, welke die berekening van den termijn naar den afstand oplevert bij eene regeling als die van den Code de Pr. in art. 1033, konden bij ons wegvallen, dewijl wij eenen algemeenen regel op dit punt konden aannemen. Cf. v. d. HONERT § 8.

Lange termijn.

De lange termijn is van ten minste ééne maand tot ten minste

acht maanden. Art. 9 en 10 B. R. en het eenig art. der wet van 7 April 1869 n⁰. 54.

Geschiedt evenwel het exploit op de wijze als bij het voorgestelde art. 4*a* (zie bl. 48) bepaald, dan wordt de in art. 10 bepaalde termijn van ééne maand verminderd tot eenentwintig dagen en die van twee maanden tot ééne maand. Woont de gedaagde in eene der Koloniën Suriname of Curaçao, dan wordt de termijn verminderd tot twee maanden; woont de gedaagde op Java, Sumatra of Madura tot drie maanden, en de termijn wordt op ten minste vier maanden gesteld, als de gedaagde elders in Nederlandsch-Indië woont. Zie voor den dag waarop in deze gevallen het exploit geacht wordt gedaan te zijn bl. 62.

Verkorting.

De gewone termijn is voor verkorting vatbaar; de verlengde termijn kan, wat die verlenging betreft, niet verkort worden; de lange termijn in het geheel niet. Art. 7 § 3.

De reden van het verschil ligt hierin, dat bij de bepaling van den gewonen termijn, de afstand in het bijzonder niet in aanmerking komt; de verlenging is uitsluitend het gevolg van den verderen afstand; bij den langen termijn is de afstand overwegend. Cf. v. D. HONERT op § 9 bl. 167, artt. 13 en 16 van B. I, tit. 8 van het Ontwerp.

Hoe?

De verkorting van den termijn kan, in spoed eischende gevallen, door den president van het rechterlijk college worden toegestaan bij een bevel op mondeling of schriftelijk verzoek gegeven. Art. 7 § 3.

De vraag, of de zaak spoed eischt, en welke verkorting noodig is, is aan den president overgelaten. Het Ontwerp beperkt de verkorting tot twee dagen, naar 't schijnt, zonder afdoende reden. Het bepaalt voorts uitdrukkelijk in art. 12 § 4, dat tegen de verleende vergunning geenerlei voorziening is toegelaten. Daarmede is niet alleen verzet uitgesloten, — dat BONCENNE II, p. 162, en BOITARD I, n°. 190, toegelaten achten, en bij ons door het Hof van Zuidholland bij arr. van 19 Juni 1844, W. n⁰. 507, werd toegekend, in strijd met het meer juiste gevoelen van CARRÉ I, Q. 378, — maar ook hooger beroep en cassatie, van welke middelen de toelating, volgens de toelichting van

het Ontwerp (op art. 11 en 12), met meer grond zou kunnen worden beweerd. Verg. v. ROSSEM op art. 7 en 8 bl. 43.

De noodzakelijkheid van een verzoekschrift en bevelschrift gaf omslag genoeg. Daarom werd in 1896 ook een mondeling verzoek toegelaten. De vergunning op het mondeling verzoek wordt dan aan het hoofd van het exploit gesteld en daarmede gelijktijdig geregistreerd.

Termijn bij de kantongerechten.

B. Bij de kantongerechten is de gewone termijn van vijf dagen. De verlenging is, als bij de colleges, van acht dagen en de lange termijnen zijn ook gelijk aan die bij de colleges in acht te nemen. De vergunning om op een korteren termijn te dagvaarden wordt door den kantonrechter op mondeling verzoek verleend en die vergunning aan het hoofd van het exploit gesteld. Art. 7 § 1.

Waarom is aan den president van eene rechtbank niet dezelfde bevoegdheid toegekend als aan den kantonrechter en waartoe dienen de noodelooze kosten en het tijdverlies voor een rekest? vroeg indertijd de tweede afdeeling der Tweede Kamer. v. d. HONERT, ad § 7, bl. 165. De vraag schijnt niet beantwoord te zijn. Was zij misschien voor geene bevredigende oplossing vatbaar? In het gewijzigd Ontwerp VAN LIJNDEN werd in art. 1 het bezwaar opgeheven. In 1896 achtte men het echter raadzamer het mondeling verzoek hier facultatief toe te staan met het oog op de grootere uitgestrektheid van het gebied der rechtbanken en Hoven. HARTOGH en COSMAN op art. 5, bl. 10.

Eene bijzondere bepaling tot bespoediging der zaak bevat art. 122 § 1.

In handelszaken.

C. In handelszaken, bij de colleges zoowel als bij de kantongerechten, is ook de gewone termijn van dagvaarding met het oog op den afstand verschillend. Hij is nl. van:

twee dagen, indien de gedaagde woont binnen de gemeente, waar de rechter zitting houdt;

vier dagen, indien de gedaagde woont in eene andere gemeente van hetzelfde arrondissement;

zes dagen, indien de gedaagde woont in een ander arrondissement binnen het rechtsgebied van hetzelfde gerechtshof.

In geval de gedaagde in het rechtsgebied van een ander gerechtshof

woont, wordt de gewone termijn niet verlengd maar op tien dagen bepaald. Art. 301 (1877 n°. 138) 321 § 1 B. R.

Alle deze termijnen kunnen, in spoedeischende gevallen, door den president van het college op een daartoe mondeling of schriftelijk gedaan verzoek, en, door den kantonrechter op mondeling verzoek, verkort worden. Art. 302, j°. art. 7.

Onder handelszaken meen ik te moeten verstaan de gedingen over rechtsbetrekkingen welke volgens de wet tot het gebied van den handel behooren met name de zoodanige welke en voor zooverre zij voortspruiten uit daden van koophandel of uit feiten door de wet tot het gebied van den handel gebracht. Zie nader Dl. IV 1ste stuk bl. 20 (2de dr.)

Den president wordt hier uitdrukkelijk de bevoegdheid toegekend om van dag tot dag en zelfs van uur tot uur te laten dagvaarden. De korte termijnen, bv. van twee dagen, gaven gereede aanleiding tot die bepaling, ofschoon 't in gewone burgerlijke zaken niet anders is, daar art. 7 niet onderscheidt. Cf., ter verklaring van de in art. 302 voorkomende bijvoeging, art. 417 C. de Pr.

Zeezaken.

In zeezaken en in die zaken, welke daarmede zijn gelijkgesteld, kan de dagvaarding, zelfs zonder rechterlijk verlof, van dag tot dag en van uur tot uur geschieden:

a. ten aanzien van gedaagden die geene vaste woonplaats hebben;

b. in geschillen wegens scheepstuig, scheepsvoorraad, scheepsgezellen(?) en wegens timmering aan schepen die zeilreê liggen;

c. in andere zaken die onmiddellijk voorziening bij voorraad eischen. Art. 312 B. R.

Zeezaken zijn hier processen over rechten en verplichtingen volgens het Wetb. van Koophandel uit de zeevaart, de scheepvaart ter zee, voortspruitende. Met zeezaken gelijkgesteld zijn de rechten en verplichtingen, voortspruitende uit de vaart op de rivieren en binnenwateren in verbinding met het buitenland. Art. 748 W. v. K.

De vermelding van scheepsgezellen in art. 312 n°. 2 (zie sub *b*) is eene ongelukkige vertaling van het fransche équipages, dat in art. 418 C. de Pr. zonder eenigen twijfel beteekent: wat verder

tot uitrusting van het schip behoort. Zie Prof. DE WAL's opmerking in Regtsg. Bijblad XV (1865) bl. 254.

De bijzondere bepaling, welken dien buitengewonen spoed zonder verlof toestaat, vindt hare gereede verklaring in de hier noodzakelijke onmiddellijke voorziening en het snel voorbijtrekken van hen die geen vaste woonplaats hebben of van de schepen die zeilreê liggen. Verg. RAU, aangeh. proefschrift, bl. 40—46.

Andere zaken DIE ONMIDDELLIJKE VOORZIENING BIJ VOORRAAD EISCHEN. Is dit eene afzonderlijke categorie, of is dit als een algemeen kenmerk ook bij de uitdrukkelijk vermelde zaken wegens scheepstuig, enz. aan te merken? Voor de beantwoording in laatstgemelden zin pleit de omstandigheid dat anders het woord andere had kunnen worden weggelaten. Voor de beantwoordîng echter in eerstgemelden zin dat er geen reden is waarom in zaken wegens scheepstuig, enz. juist altijd eene voorziening bij voorraad zou worden gevorderd. Ook is er m. i. geen reden waarom in deze zaken die korte termijnen alleen zouden gelden, indien daarin eene voorziening bij voorraad gevorderd wordt, terwijl de toelating van deze korte termijnen wel meerendeels wenschelijk zoo niet noodzakelijk is te achten, omdat eene onmiddellijke voorziening daarbij wel in den regel noodig zal zijn.

In geval van onbekende woonplaats of woonplaats buiten 's lands en in de koloniën, gelden voor handelszaken de algemeene voorschriften.

Land-verhuizers.

D. Voor dagvaardingen ter zake van rechtsvorderingen door of tegen landverhuizers overeenkomstig art. 27*a*, wet van 1861 n°. 50, j°. 1869 n°. 124, is de gewone termijn van ten minste twee vrije dagen.

Ook hier is den kantonrechter uitdrukkelijk de bevoegdheid toegekend om dagvaarding van dag tot dag en van uur tot uur toe te staan met verwijzing naar art. 7 B. R.

Dagvaarding aan den persoon van buiten 's lands wonenden.

De termijnen, die, gelijk in den regel het geval is, in verband met de woonplaats van den gedaagde bepaald zijn, blijven dezelfde, al werd de dagvaarding op eene andere plaats aan den persoon zelven gedaan. Eene uitzondering moet evenwel gemaakt worden ten aanzien van hen

die buiten het Koninkrijk wonen. Wordt aan de zoodanigen eene dagvaarding in persoon gedaan binnen het Koninkrijk, dan wordt de termijn berekend naar den afstand van de plaats waar het exploit gedaan werd. Art 11 B. R. Dit geldt natuurlijk ook wanneer het exploit aan de door den buitenlander in het Koninkrijk gekozen woonplaats gedaan wordt.

Wordt de termijn uitsluitend naar de eigenlijke, of kan die, in geval van keuze van woonplaats, ook berekend worden naar de gekozene woonplaats, indien aan deze het exploit gedaan wordt? Art. 81 B.W. geeft grond om te beslissen, dat ook de termijn naar het gekozen domicilie berekend wordt. Men wordt immers geacht voor de bepaalde zaak dáár woonplaats te hebben en de strekking der keuze is in het algemeen deze dat de partij zich om de eigenlijke woonplaats niet zal behoeven te bekommeren. Intusschen geeft art. 11 B. R. aanleiding tot twijfel, omdat daarin de berekening van den termijn naar de gekozene woonplaats alleen wordt toegepast ten aanzien van hen die, buiten het Koninkrijk woonachtig, binnen het Koninkrijk woonplaats hadden gekozen. Gaat evenwel die argumentatie a contrario hier op? Of strekt de bijvoeging niet veeleer om te voorkomen, dat de bepaling alleen zou worden toegepast in het geval dat iemand, die buiten het Koninkrijk woont, a a n z i j n p e r s o o n werd gedagvaard? Het verschil van gevoelen over deze vraag bij schrijvers en jurisprudentie wees ik aan in R. Bijbl. XVII (1866) bl. 815. Zie v. ROSSEM op art. 11, die met het hier verdedigde gevoelen niet instemt.

Termijn voor meer gedaagden.

Wanneer er meer gedaagden zijn, die naar den afstand hunner woonplaatsen op verschillende termijnen moeten gedagvaard worden, dan geldt niet voor allen de langste termijn, maar allen worden gedagvaard tegen dien dag, welken de termijn, die voor den verst verwijderd wonende is bepaald, vereischt. Art. 12 B. R.

„Gesteld ik moet dagvaarden voor de Rechtbank te 's Hage drie personen: A wonende te 's Hage, B wonende te Leiden en C wonende in Pruissen; waarom kan ik dan niet beginnen met C te dagvaarden en later A en B, wanneer ik maar aan hen de bij de wet bepaalde termijnen geef?" dus vroeg de eerste afdeeling der Tweede Kamer en daarop werd de tegenwoordige redactie van art. 12 aangenomen (v. D. HONERT B. R.

§ 12 bl. 168), welker beteekenis hierboven met andere woorden wordt teruggegeven. Het is daaruit duidelijk dat men niet, gelijk eene vorige redactie medebracht, aan allen den langsten termijn wilde verleenen. Toch meende de Ontwerper dat dit de bedoeling des wetgevers was en veranderde dienovereenkomstig art. 12 in art. 18 van het Ontwerp. Mij dunkt, als die opvatting juist ware, dan zou toch de duidelijke letter van art. 12 beter zijn dan die vooronderstelde bedoeling. Cf. N. Bijdragen XVI (1866), bl. 255.

De termijn welke tusschen den dag der dagvaarding en dien der verschijning naar mate van den afstand bepaald is, geldt ook als termijn, binnen welken de huurder van landerijen gehouden is den eigenaar kennis te geven van alle feitelijkheden op de gehuurde erven gepleegd. Art. 1627 B. W. Het mag, dunkt mij, nauwelijks twijfelachtig heeten, of hier moeten de termijnen voor de colleges bepaald in acht genomen worden. Dit is immers de algemeene regel terwijl voor de kantongerechten bijzondere bepalingen gelden. Zie ook Diephuis Dl. XII, bl, 93.

Recht van anticipatie.

De eischer moet ten minste de aangewezen termijnen in achtnemen. Hij kan ook op een langeren termijn dagvaarden. Doch de gedaagde is in ieder geval bevoegd om den termijn te vervroegen. Hij heeft het recht van anticipatie of van vervroegden termijn.

In de wijze, waarop de wetgever de termijnen vaststelt, die de eischer ten minste moet inachtnemen, ligt duidelijk opgesloten, dat hij die termijnen in het belang van den gedaagde heeft noodig geacht. Dit is ook het meest overeenkomstig met den aard der zaak. De eischer, die kan aanvallen wanneer hij wil, beging eene dwaasheid, indien hij het deed voor dat hij tot den strijd gereed is. Daarom kan de gedaagde den bij de wet aangegeven termijn vervroegen. Dit laatste zou hij niet kunnen, indien de legale termijn in het belang van beide partijen was vastgesteld. Daarom leerden Duparc-Poulain en Rodier, naar de ordonnantie van 1667, dat vervroeging op den wettelijken termijn niet vrijstond, doch de eerste wenschte dat geheel onjuiste beginsel afgeschaft te zien en Jousse leert dan ook, in zijne aanteekening op art, 5 tit. III der Ordonn., met beroep op een nieuw reglement

van 28 Juni 1738: „Ces délais n'étant établis qu'en faveur de la partie assignée, il suit qu'elle peut anticiper ces délais, tant celui de l'assignation, que celui accordé en cet article". Onder den Code de pr. treft men evenwel hetzelfde verschil van gevoelen aan tusschen CARRÉ, die het recht van anticipatie wat den legalen termijn betreft, verdedigt, en CHAUVEAU, die het bestrijdt omdat de termijn in het belang van beide partijen zou zijn vastgesteld. CARRÉ, Procéd. ed. CHAUVEAU, Q. 325 en 396. BERRIAT ST. PRIX verdedigt hetzelfde gevoelen als CARRÉ, doch meent het uit art. 154 C. de Pr. te kunnen afleiden.

In het wetboek van 1838 was het recht van anticipatie bepaaldelijk in hooger beroep toegekend. Art. 344. Dit liet zich gemakkelijk verklaren. Vooreerst zal het eerder te pas komen in appèl, als men zich voorstelt het geval dat de appellant is de veroordeelde gedaagde in eersten aanleg en dan de uitvoering der tegen hem uitgesproken veroordeeling zoolang mogelijk wil geschorst zien. Hij dagvaardt dan in hooger beroep op een langen termijn. Ten andere kwam in de O. H. praktijk het recht van anticipatie alleen bij het appèl te pas, (zie V. D. LINDEN, Jud. Pract. I, vooral bl. 364—69), omdat in eersten aanleg ten naasten rechtdage werd gedagvaard of wel een minimum en een maximum voor den termijn was vastgesteld. Ordonn. voor de steden en het platte landt van 1 April 1580 en van de kleine zaken bij den Hove van 16 Mei 1580. In vele oudere keuren was het recht reeds erkend. Over dit laatste punt en het geheele onderwerp werd een belangrijk opstel geschreven door Prof. J. VAN HALL, in N. Bijdragen II (1852) bl. 349 vv. — Ook verdient opmerking dat de Regeering, bij de behandeling van art. 344, op eene daartoe gedane vraag, uitdrukkelijk te kennen gaf, dat het vervroegen van den termijn in eersten aanleg niet verboden is en dat zij daarbij ook de reden vermeldde, waarom er vooral bij het hooger beroep van gesproken moest worden. Zie V. D. HONERT, bl. 393. Daar bleef evenwel genoeg reden tot twijfel over en dan werd nog weder gevraagd, of door anticipatie ook de wettelijke termijn kon worden verkort.

In het Ontwerp is het onderwerp geregeld in B. II, tit. I, art. 13, op 't voorbeeld van het Ontwerp van 1855. Zie de toel., ed. Belinfante, bl. 127. Zoo werd dan bij de wet van 26 Juni 1876 n°. 124 het recht van anticipatie bij het geding in cassatie geregeld. En ofschoon hieruit licht de gevolgtrekking kon

worden gemaakt dat de toekenning van het recht in hooger beroep door den wetgever als van beperkte toepassing beschouwd werd, bleef toch de jurisprudentie het ook in eersten aanleg erkennen. Zie bijv. Rechtbank Amsterdam 20 October 1845 (R. Bijblad VIII. 1846) bl. 36 vv., Rotterdam 27 April 1894 W. 6554, Gerechtshof van 's Gravenhage 8 October 1894 W. 6591. Bij de herziening van 1896 meende men het onderwerp algemeen te moeten regelen en bracht men de bepaling van art. 344 naar de regeling van het geding in eersten aanleg met de noodige nadere bepalingen over in de artt. 136, 139 en verklaarde deze nu toepasselijk in hooger beroep, art. 353. De bepalingen betreffende de anticipatie in cassatie bleven behouden. Deze omstandigheid was reeds voldoende om ernstigen twijfel te doen ontstaan of de anticipatie nu wel bij de kantongerechten toegelaten zou zijn. En elke twijfel moest wel vervallen, toen in de Memorie van Antwoord op het V. V. van het ontwerp tot herziening in de Eerste Kamer de daar geopperde twijfel werd beantwoord met de opmerking dat het recht van anticipatie bij de kantongerechten niet toepasselijk is verklaard, omdat de gevallen waarin zij praktisch belang heeft daar niet voorkomen. Ik bespreek dit punt uitvoeriger in Dl. V. bl. 30 en 31. Bij anticipatie moet den eischer ten minste een termijn van vijf dagen gegund worden en zijn er medegedaagden, dan moet aan ieder hunner de termijn worden gelaten waarop zij naar de wet aanspraak hebben.

Berekening van de termijnen.

Bij de berekening van de termijnen blijven de dag, waarop het exploit gedaan wordt en die, waarop de gedaagde verschijnen moet, buiten rekening. Art. 8 § 1.

Wanneer een exploit gedaan wordt overeenkomstig het voorgestelde art. 4*a* (zie boven bl. 48) dan wordt het geacht gedaan te zijn niet op den dag dat de beide afschriften met de overgelegde stukken aan den officier van justitie werden ter hand gesteld (art. 4*a* § 2), maar op den dag waarop een der afschriften blijkens gedagteekend en gelegaliseerd ontvangbewijs is ter hand gesteld aan hem voor wien het bestemd is of waarop het hem werd beteekend. Art. 4*a* § 3.

De gedaagde moet naar art. 8 § 1 den geheelen duur van den termijn vrij hebben; de acht dagen moeten vrije dagen zijn, zooals de wetgever het in art. 301 aangeeft. Hij past hier toe het „dies termini non computatur in termino."

Het Ontwerp, hetwelk in art. 7 § 1 van B. I. tit. 9 gelijke bebepaling bevat, regelt in art. 8 nog opzettelijk de berekening van een bij maanden aangewezen termijn, door te bepalen dat de termijn van een of meer maanden, die begint den 29sten, 30sten of 31sten van eene maand, terwijl de maand waarin hij eindigt geen 29, 30 of 31 dagen heeft, op den laatsten dag van die maand vervalt. Het is hetzelfde, wat art. 152 W. v. K. bedoelt met het volgen der Gregoriaansche tijdrekening. De Ontwerper ontleende de bepaling aan art. 738 Wetb. van Genève.

De Zondag, welke in een termijn valt, is onder de vrije dagen begrepen, doch is hij de laatste dag van den termijn, binnen welken het exploit kan gedaan worden, dan kan dit tot den volgenden dag worden uitgesteld, art. 14.

Hierbij dient opgemerkt, dat het Ontwerp in art. 7 van B. I tit. 9, de algemeene bepaling vooropstelt, dat wanneer eene handeling binnen zekeren termijn moet plaats hebben, de laatste dag van den termijn de laatste dag is waarop zij kan geschieden.

Het is duidelijk dat in art. 14 geen sprake is van den termijn die den gedaagde moet gelaten worden, maar de termijn die voor het doen uitbrengen van een exploit bepaald is. Zoo volgt ook niet uit art. 14, dat de Zondag welke in een termijn valt, onder de vrije dagen begrepen is, maar dit volgt daaruit dat vrije dagen eenvoudig beteekent uitsluiting van den dies termini en in dien zin de Zondag ook een vrije dag is. Zie ook arr. H. Raad 27 Juni 1890 W. n°. 5893.

§ 59. NIETIGHEID DER DAGVAARDING.

Afhankelijk van wetsbepaling.

De niet-inachtneming van de wettelijke voorschriften, omtrent den vorm der dagvaarding en de wijze waarop het exploit moet worden gedaan, heeft alleen dan nietigheid ten gevolge, wanneer de wet het uitdrukkelijk bepaalt, art. 90.

Wanneer de wet de vereischten eener handeling vaststelt, hetzij wat den vorm, hetzij wat den inhoud aangaat, dan kan, zonder nadere bepaling, de handeling niet als verricht worden beschouwd, indien aan de wettelijke vereischten niet is voldaan. Zij kan dan ook de wettelijke

gevolgen niet hebben, m. a. w., hare nietigheid moet worden aangenomen. Deze regel geldt evenwel alleen, wanneer duidelijk blijkt dat de vormen als wezenlijke vereischten tot de handeling zijn voorgeschreven en er alzoo geene nadere bepalingen omtrent de gevolgen van het niet-inachtnemen der wettelijke voorschriften gemaakt zijn. Heeft de wetgever daaraan een ander gevolg verbonden, dan ligt daarin de sanctie der bepaling en is nietigheid beperkt of uitgesloten. Dit is ook het geval, wanneer hij zelf de nietigheid alleen dan wil, indien hij het uitdrukkelijk bepaalt. Zoodanig bijzonder voorschrift bestaat er voor de acten van rechtspleging en bepaaldelijk voor de dagvaarding. Het onderscheid, dat bij de acten van rechtspleging zoozeer op den voorgrond treedt tusschen de vereischten, welke als een wezenlijk bestanddeel der acte zijn aan te merken en die welke van ondergeschikt belang zijn, een onderscheid dat, zonder uitdrukkelijke verklaring des wetgevers, moeilijk uit te vinden zou zijn, leidde daartoe.

In welke gevallen?

De gevallen, waarin de nietigheid der dagvaarding het gevolg is van de niet-inachtneming der wettelijke voorschriften zijn niet weinig in getal. Wat omtrent de wijze waarop het exploit moet gedaan worden in art. 1, 2, 3, 4 en 16 is bepaald, wat volgens art. 5 tot den inhoud van het exploit behoort, de in art. 8, 10, 11 en 12 vervatte bepalingen omtrent de termijnen bij dagvaarding in acht te nemen, en die van art. 14 en 15 betreffende den tijd voor het exploiteeren bestemd, dat alles moet op straffe van nietigheid in achtgenomen worden, art. 92 § 1.

Onder de in art. 92 aangehaalde bepalingen komen niet voor art. 6 en art. 9. Van art. 6 betreft de eerste § wel de vereischten van het exploit in zooverre als daarin voor het bijzondere geval eene nadere aanduiding ligt van de wijze waarop de eischer in het exploit moet vermeld worden, doch zij vindt hare sanctie niet in eene, niet bedreigde, nietigheid, maar in de bevoegdheid der tegenpartij om zich op het ontbreken der bevoegdheid om persoonlijk in het geding op te treden, te beroepen. De tweede § behoort niet tot het exploit van dagvaarding. De gemachtigde zal moeten worden aangewezen en daarvan zal natuurlijk in de procureurstelling moeten blijken. Is dit niet het geval, dan kan de gemachtigde niet verschijnen en zal wel met toepassing van het slot van § 2 verstek verleend moeten worden.

De steller van het Ontwerp begreep evenwel te recht dat, bij overtreding van de bepaling van § 1, als van publieke orde, de nietigheid ambtshalve moet worden uitgesproken. Zie tit. IX van B. I, art. 6 § 4. In overeenstemming daarmede zoude nu in het geval van het tweede lid het verstek ambtshalve door den rechter behooren te worden verleend.

De aanleiding tot de niet-vermelding van art. 9 bestaat daarin, dat deze bepaling eerst bij de herziening na 1830 in de wet werd opgenomen. De uitdrukkelijke bepaling van art. 90 in verband met 92 verbiedt evenwel de toepassing der nietigheid. Geene der voor die toepassing door DE PINTO II, bl. 187, met beroep op Regtsg. Bijblad VI (1844) bl. 143, aangevoerde gronden kunnen de kracht der aangehaalde artikelen opheffen. Zie OUDEMAN, I, bl. 124 en R. Bijbl. VI, bl. 31 en 93 daar aangeh. Het Ontwerp verhielp dit verzuim in art. 19 j°. art. 4, n°. 8 van tit. VIII, B. I. Verg. de toelichting, bl. 97. In 1896 liet men de fout van '38 onverbeterd.

Art. 92, dat de kennelijke strekking heeft om alle gevallen van nietigheid aan te wijzen, is evenwel met opzicht tot de dagvaarding voor een college niet volledig. Bij art. 133 § 1 toch wordt de procureurstelling evenzeer op straffe van nietigheid in het exploit van dagvaarding vereischt.

De opvolging van art. 128 wordt niet uitdrukkelijk op straffe van nietigheid voorgeschreven. Wel zou men kunnen beweren dat dit voorschrift eene nadere bepaling is van de duidelijke en bepaalde conclusie waarvan art. 5 n°. 3 gewaagt, en dat het voorwerp van den eisch, bij de bij art. 128 bedoelde rechtsvorderingen, naar de wet alleen op de daar bedoelde wijze duidelijk en bepaald kan worden aangewezen. Doch de beperking tot zakelijke rechtsvorderingen en die van gemengden aard en de op andere wijze bepaalde aanduiding in art. 504 n°. 3 en 515 n°. 2 staat m. i. aan de strenge opvatting van het voorschrift in den weg. Anders H. R. 27 Febr. 1842, welke beslissing echter niet uitsluitend art. 128 maar ook art. 5 n°. 3 betreft. v. D. HONERT Burg. R. III. 171. Verg. ook Gorinchem 25 Januari 1870 W. v. h. R. n°. 3218.

In de gevallen, waarin de wet geen nietigheid uitspreekt, kon de procureur of deurwaarder tot eene boete worden veroordeeld volgens art. 91 B. R. De Staatscommissie voor de samenstelling van een Wetboek van Strafrecht was van oordeel, dat waar geen nadeel aan

de gedingvoerende partijen werd berokkend, geen boete moest worden toegepast; disciplinaire maatregelen, volgens de reglementen toe te passen, achtte zij voldoende. Dientengevolge stelde zij de intrekking van deze bepaling van art. 91 voor. Zie haar Ontwerp en de daartoe behoorende wetten, off. uitgave bl. 437 en 449. De Minister VAN LIJNDEN gaf gevolg aan dit voorstel in het door hem in 1877 ingediende ontwerp van wet houdende wijzigingen in het Wetb. v. B. R., doch de intrekking had eerst plaats bij de wet van 26 April 1884 n°. 94, art. 4, in verband met de toen aanstaande invoering van het Wetb. v. Strafrecht.

De sanctie van de bepalingen betreffende de uitwendige vereischten der dagvaarding, is bij de aanwijzing daarvan in § 57 aangegeven.

Werking der nietigheid. Beroep door den gedaagde.

De nietigheid der dagvaarding wordt, wanneer de gedaagde verschijnt, door den rechter niet uitgesproken, indien hij zich daarop niet, of niet tijdig beroept, art. 93.

De bepalingen omtrent de vereischten der dagvaarding en hare beteekening zijn, met name wanneer hare niet-nakoming met nietigheid is bedreigd, bepalingen van publieke orde. De wetgever gaat van de onderstelling uit, dat al die vereischten voor een behoorlijke procesorde noodzakelijk zijn. Dit neemt niet weg, dat in een bijzonder geval en ten aanzien van een bepaalden verweerder de niet-inachtneming van het een of ander voorschrift kan blijken niet te schaden; in ieder geval kan wat in abstracto van openbare orde en een openbaar belang is, in concreto een bijzonder belang worden. Het kan alzoo aan den gedaagde overgelaten worden om met zijn bijzonder belang te rade gaande, zich al of niet op de nietigheid te beroepen. Wil hij dit niet, dan zal in den regel het openbaar belang de toepassing der nietigheid in het bepaalde geval niet eischen. Vergelijk Dl. I § 2. De nietigheid is alzoo eene relatieve. Het heeft ook daarom geen bezwaar de werking der nietigheid afhankelijk te stellen van het beroep daarop door den gedaagde, omdat de wetgever dan vooronderstelt dat de gedaagde verschijnt en dus in de gelegenheid is om dat beroep te doen.

De gedaagde moet alzoo, bij wege van exceptie, die nietigheid inroepen; doet hij het niet of niet tijdig, dan is de exceptie gedekt, d. i., zij kan niet meer met vrucht voorgesteld worden. De tijdigheid bestaat hier in het beroep op de nietigheid in eersten aanleg en tegelijk met het antwoord. Bij de herziening van 1896 werd den

gedaagde de verplichting opgelegd om alle exceptiën en zijn antwoord ten principale te gelijk voortedragen. Hij is alzoo verplicht, niettegenstaande hij beweert dat het exploit nietig is en derhalve de formeele grondslag aan den ingestelden eisch ontbreekt, zoodat de rechter zich van de kennisneming zijner gegrondheid zal moeten onthouden, zich niettemin op den eisch te verdedigen.

Verwerping door den rechter.

Doch ook dan, wanneer de gedaagde bij zijne verschijning de nietigheid van het exploit inroept, kan de rechter de exceptie verwerpen, wanneer het met nietigheid bedreigde gebrek van dien aard is, dat de gedaagde daardoor in zijne verdediging niet is benadeeld en alzoo geen belang heeft zich er op te beroepen, dewijl zoonoodig het verzuim aangevuld of de onregelmatigheid verbeterd kan worden, art. 94 § 1.

De fransche wetgever had in den Code de Procédure, — met verwerping van twee uiterste stelsels, waarvan het eene elk verzuim met nietigheid bedreigt en het andere de bepaling van het gevolg van eenig verzuim aan den rechter overlaat — het stelsel aangenomen, dat nietigheid alleen het gevolg zou zijn van eene uitdrukkelijke wetsbepaling maar dan ook, wanneer zij werd ingeroepen, moest worden toegepast: „aucune nullité n'est comminatoire", art. 1029. Hij helde daarmede tot het eerste der twee genoemde uiterste stelsels over.

Onze wetgever behield den eisch van eene uitdrukkelijke wetsbepaling voor de nietigheid, maar verbond daaraan het arbitrium iudicis van het tweede stelsel, en huldigt daarmede den oud-franschen regel: „nullité sans griefs n'opère pas". Dit stelsel werd in 1857 voor Frankrijk (onder nadere bepaling, nl. dat ook in aanmerking worde genomen of 't verzuim een onwillekeurig of opzettelijk verzuim ware, wat m.i. minder praktisch zou blijken) aanbevolen door R. BORDEAUX, philosophie de la procédure civile, bl. 382 v. v. en beveelt zich aan, doordien het kan beletten, dat de bedreiging van nietigheid, welke in het belang eener behoorlijke verdediging in de wet werd geschreven, aanleiding geve tot chicane, wanneer blijkt dat het verzuim in het concrete geval den gedaagde in zijne verdediging volstrekt niet benadeelt. Zoo kwam het, doch niet zonder tegenstand, (v. D. HONERT B. R. § 94), in onze wet, die zeker verre de voorkeur verdient boven het wetboek van 1830, dat in art. 82 den verschijnenden gedaagde het beroep op de nietigheid wegens niet-nakoming van deze of gene formaliteit ontzegde behoudens herstel van de begane

onregelmatigheden op kosten van den eischer. Het stelsel onzer wet is nadrukkelijk verdedigd in Opmerk. en Meded. XIV, bl. 242 vv., en, ook naar aanleiding daarvan, in het Ontwerp I, tit. 9, art. 6 behouden. Het wetboek van Genève, op welk voorbeeld de Ontwerper zich beroept, gaat evenwel lang zoover niet. Dit wil in art. 745 wel de nietigheid hebben uitgesproken: „si la contravention a causé à la partie qui l'oppose un préjudice, qui ne soit réparable qu'en annulant l'acte", maar behalve in dat geval, ook in ieder geval, waar de wet de nietigheid uitdrukkelijk bepaalt. Dit voorbeeld volgde de Ontwerper van het nieuwe belgische wetboek en in het rapport van Allard wordt op de gewichtige bezwaren tegen ons stelsel gewezen, omdat het bijna alles aan het oordeel des rechters overlaat, (zie de Pinto II, bl. 180, doch ook Oudeman I, bl. 126) en zeer onrechtvaardig kan werken, in geval de gedaagde zich op de nietigheid van het exploit beroept om eene stuiting van de verjaring tegen te spreken, welke de eischer anders op het exploit van dagvaarding zou kunnen gronden. Hier kan met grond beweerd worden, dat de nietigheid den gedaagde in zijne verdediging niet benadeelt, maar het herstel der nietigheid zal hem van zijn verdedigingsmiddel, de verjaring, kunnen berooven. Zie het rapport van Allard, bl. 111, 112. Het bezwaar ware op te heffen door in art. 94 het woordje alzoo te schrappen en en in of te veranderen. Wanneer de gedaagde in zijne verdediging niet is benadeeld d. i. zich even goed op de tegen hem ingestelde rechtsvordering verdedigen kan als wanneer de nietigheid niet in het exploit voorkwam, dan heeft hij geen belang zich op de nietigheid te beroepen en de wet wil hem niet helpen aan eene chicane, maar die reden behoeft de wetgever niet in de wet op te nemen. Intusschen kan zich het geval voordoen dat de nietigheid in het exploit aan de verdediging niet in den weg staat, dat zelfs de nietigheid van het exploit hem grond geeft om zich op de verjaring te beroepen, als door het nietig exploit niet gestuit (art. 2018 B. W.). Dan heeft hij echter wel belang om zich op de nietigheid te beroepen. Het Hof van Cassatie voorzag in art. 66 van zijn Livre préliminaire (zie I Bijl. bl. XIII) in dit geval en terwijl het in 't algemeen de exceptie van nietigheid door de verschijning van den gedaagde als gedekt beschouwde, zondert het een mogelijk beroep op verjaring uit, maar wil dan ook dat het beroep werkelijk plaats hebbe.

Wanneer de rechter de nietigheid niet uitspreekt, zal hij de aanvulling van het verzuim of de verbetering der onregelmatigheden op

kosten van den aanlegger bevelen, doch de bevoegdheid bij art. 94 (oud) aan den rechter gegeven om aan den verweerder uitstel voor zijne verdediging te verleenen, verviel, omdat de verdediging met het beroep op de nietigheid gepaard behoort te gaan. Daarmede is evenwel de bevoegdheid om de verbetering te bevelen, zoo goed als onbruikbaar geworden.

Van al deze nietigheden behoeft die, welke gegrond is op het ontbreken van het in art. 5 n°. 3 aangegeven vereischte, nog eene nadere bespreking.

Bij de oudere processualisten, zoo hollandsche als duitsche en fransche, gold de regel dat de nietigheid van de dagvaarding door de verschijning van den gedaagde werd gedekt. Zie de bij BONCENNE, Théorie III p. 298 vv. geciteerde schrijvers. Doch dit was niet toepasselijk op gebreken in het dus genoemde „libellé". Verg. bijv. GAIL pract. observ., observatio 58, waar hij de stelling betoogt: „Citatio illegitima per comparitionem etiam convalidatur", met Obs. 51 waaruit blijkt dat ontstentenis van „libellus" de citatie niet maakte „illegitima". Het kan ook wel niet anders zelfs waar de dagvaarding den „gelibelleerden" eisch moest bevatten op straffe van nietigheid. Verg. BONCENNE III p. 300, BOITARD I n°. 365. Waar aan het vereischte van opneming der middelen en voorwerp der vordering niet was voldaan, zoodat de verweerder zich op den eisch niet verdedigen kon en dus het doel van het „libellé", de overweging „cedere an contendre debeat", gemist werd, kon de verschijning dat gebrek niet dekken. De gedaagde kon, niet anders dan door zich daarop te beroepen, de onmogelijkheid, waarin hij zich bevond om zich te verdedigen, doen gelden. Daartoe moest hij verschijnen en wel verre dan ook dat door die verschijning het gebrek in het exploit gedekt zou zijn, werd hem de „exceptio obscuri libelli" gegeven. In Frankrijk werd evenwel door de invoering van de ord. 1667 een ander stelsel gevolgd. In art. 1 en vv. van tit. 2, werd het niet in achtnemen der formaliteiten voor de dagvaarding voorgeschreven met nietigheid van het exploit bedreigd, eene nietigheid, die niet door de verschijning, maar eerst doordien de gedaagde zich er niet bijtijds op beriep, gedekt werd. Maar nu was de nietigheid ook bepaald (zie art. 1) op het ontbreken van het vereischte dat de dagvaardingen moeten zijn „libellés", d. w. z. „contiendront les conclusions et sommairement les moyens de la demande". Daarom kon de verschijning de andere nu met deze

laatste op éêne lijn gestelde nietigheden niet meer dekken. Wilde men het stelsel, dat verschijning de nietigheid dekt, behouden en toch de nietigheid bepalen op het gebrek in het libellé, dan moest voor deze laatste nietigheid een uitzondering gemaakt worden, zooals later het Hof van Cassatie voorstelde in zijn Livre prélim. art. 65—67, (zie Dl. I Bijl. bl. XIII). Dit deed de Ordonnantie niet, maar de strengheid harer bepaling deed den rechter zijn toevlucht zoeken in het „nullité sans griefs n'opère rien", dat wel vooral zijne toepassing zal hebben gevonden in die gevallen waarin vroeger de nietigheid door de verschijning gedekt werd. Doch RODIER komt tegen deze jurisprudentie van „le Palais", toenmaals het parlement van Toulouse, met kracht op. Hij acht het middel aanleiding gevende tot willekeur en, als in vierkanten strijd met de ordonnantie, den rechters ongeoorloofd. (Questions sur l'Ordonnance op tit. I, qu. 2). Achtte de wetgever zelf het stelsel van nietigheid, zooals het in de Ord. 1667 voorkwam en in den C. de proc. werd aangenomen, te streng en meende hij zelf het „nullité sans griefs n'opère pas" te moeten huldigen, dan lag het voor de hand dat de gelegenheid gegeven werd tot het toelaten of bevelen van herstelling der begane fouten, maar dit kon ook nauwlijks anders dan bij eene door den rechter niet-aangenomen nietigheid op grond van beweerde gebrekkigheid van het libellé te pas komen. Zoo bepaalde dan ook onze wetgever in art. 82 W. 1830, in welks eerste lid hij de oude theorie huldigde, volgens welke de nietigheid door de verschijning gedekt werd, dat de gedaagde zou kunnen vorderen dat de onregelmatigheden op kosten van de wederpartij werden verbeterd. In het opwerpen van elke nietigheid door een verschijnenden gedaagde zag die wetgever eene chicane. (Zie LECLERQ bij NOORDZIEK B. R. 1827/28 I bl. 26 v.); hij zal dus ook het beroep op een gebrekkig formuleeren van den eisch als eene chicane beschouwd hebben en de herstelling der onregelmatigheid hebben willen toelaten als er een onwillekeurig verzuim was begaan of de gedaagde, op de uitdrukkingen chicaneerende, duisterheid van de formule beweerde die, zonder eenig nadeel voor zijne verdediging, te verbeteren zou zijn.

In 1837 keerde de wetgever evenwel tot den Code de pr. terug; in zoover als hij de toepassing van de nietigheid afhankelijk stelde van het beroep door den gedaagde daarop gedaan, maar gaf hij tevens den rechter de bevoegdheid om in ieder geval het belang van den gedaagde, om zich niettegenstaande zijn verschijning op de nietigheid te beroepen, te beoordeelen en naar gelang van de omstandigheden

de nietigheid aan te nemen of te verwerpen. Dat er geen reden voor beroep op de nietigheid kon bestaan als de gedaagde verschijnt, voor zoover het die formaliteiten betreft, welke de strekking hebben om het exploit tot den gedaagde te doen komen en hem dus in de gelegenheid te stellen om te verschijnen, is aannemelijk, maar datzelfde aan te nemen als de nietigheid betreft eene formaliteit, welke de strekking heeft om hem tot de verdediging in staat te stellen, is even onaannemelijk. Werd nu het beroep op de nietigheid noodzakelijk geacht, het „nullité sans griefs n'opère pas", kon van het oordeel des rechters de toepassing der nietigheid afhankelijk doen stellen, maar moest toch, vooral waar de nietigheid het libellé betrof, weer een temperament vinden in de toelating van of bevel tot verbetering. Maar dan is het ook onjuist om, met DE PINTO II bl. 189, aan te nemen, dat de gedaagde, die in rechte verschijnt, nooit kan beweren in zijne verdediging te zijn benadeeld. Daarbij wordt toch het straks aangeduid onderscheid in de strekking der onderscheidene formaliteiten uit het oog verloren. Merkt OUDEMAN I bl. 126 dan ook daartegen terecht op, dat de gedaagde, ook al verschijnt hij, wel degelijk in zijne verdediging kan zijn benadeeld, indien hij zich beroept op gemis aan middelen of onbepaaldheid der conclusie omdat daarbij voor aanvulling geen grond is [lees: voor zoover daarbij voor aanvulling of verbetering geen grond is] dan gaat toch weder, gelijk ik boven reeds opmerkte, de Ontwerper van 1865 te ver, wanneer hij in art. 6 § 3 bepaalt, dat de nietigheid op grond van niet-voldoening aan de vereischten van art. 8 n°. 2 en 3 van titel VIII (thans art. 5 n°. 3) moet worden uitgesproken zonder dat een onderzoek naar des gedaagden belang bij deze exceptie geoorloofd is, en daaromtrent, in de Mem. v. Toel., opmerkt, dat „die bepaling berust op het vermoeden, dat de verweerder altijd belang heeft bij de gegrond bevondene „exceptio obsc. libelli" (bl. 99). Daarbij wordt toch uit het oog verloren, dat, naar art. 94, ofschoon de ontstentenis van belang ook kan aangenomen worden en dus de exceptie verworpen zonder dat verbetering of uitstel noodig is (verg. P. v. A. in W. v. h. R. n°. 4988), buiten dit geval het belang des gedaagde altijd wordt beoordeeld naar de omstandigheid, of het beweerd verzuim, waarop hij de nietigheid grondt, voor herstel vatbaar is of wel door uitstel tot de verdediging te verleenen kan worden weggenomen. Het gaat dus volstrekt niet op, wanneer de Mem. v. Toel. op de aangehaalde bewoordingen laat volgen: „Hem te dwingen voort te procedeeren op

een stuk, dat het onderwerp en de grenzen der litis contestatio niet genoegzaam bepaalt, schijnt een miskenning van het recht van verdediging, en het onderzoek naar zijn belang bij de voorgestelde exceptie een belang, dat hier altijd aanwezig wordt geacht, is daarom ongeoorloofd." Immers wanneer de gebreken zonder nadeel voor den verweerder voor herstel vatbaar zijn en er dus eene verbetering der gebrekkige formule zonder zijn nadeel kan plaats hebben, wordt hij niet gedwongen om voort te procedeeren op een ondeugdelijk stuk en wordt, geschiedt dit niet, het doel der wetsbepaling, om zooveel mogelijk, door het tegengaan van de nietigverklaring der dagvaarding, vernieuwde aanleg van een geding te voorkomen (LECLERQ t. a. p. bl. 27), verijdeld. Hoe sober de toelichting zij, welke in 1837 van de in art. 82 voorgestelde verandering en van het nieuw art. 94 werd gegeven, het is duidelijk dat de wetgever ontstentenis van belang aannam waar verbetering mogelijk was. „Het gemelde art. *c*" (thans 94) dus de toelichting, „geeft daarenboven aan den regter het vermogen om ook de exceptie van nietigheid te verwerpen, wanneer des gedaagdens verdediging door het gepleegde verzuim niet wordt benadeeld en [dit] aangevuld of verbeterd kan worden". (De laatste woorden ontbreken bij v. D. HONERT op art. 92). Daaruit volgt dan ook dat Prof. NABER, in een verhandeling over de „exceptio obscuri libelli", in het Rechtsgeleerd Magazijn IX (1890) bl. 1—18, aan onze tegenwoordige wet de beteekenis opdringende van de daarvan afwijkende bepaling van het Ontwerp, ten onrechte de stelling verkondigt; „Tegenover de nietigheidsexceptie in het algemeen gaat de replicatio van art. 94*a* altijd, tegenover de „exceptio obscuri libelli" in het bijzonder gaat zij nooit op". Hij voegt er evenwel bij: „behoudens ééne groote gewichtige uitzondering. Dáár, waar van den verweerder geen antwoord op de dagvaarding verlangd wordt, kan de duisterheid der dagvaarding hem geen „nadeel" toebrengen. De replicatio van art. 94*a* Rv. zal dus altijd moeten worden toegewezen, of met andere woorden de „exceptio obscuri libelli" zal altijd — evengoed als de overige nietigheidsexceptiën — niet ontvankelijk zijn bij summiere zaken en bij zaken op korten termijn (art. 137, 138 Rv.)" Dat wil dan met andere woorden zeggen dat in zaken van gewone behandeling de „exceptio obscuri libelli" nooit kan worden afgewezen, op grond van ontstentenis van belang, doch dat zij in zaken van summiere behandeling en die op korten termijn altijd moet worden niet-ontvankelijk verklaard, omdat dáár geen strijd tegen de dagvaarding gevoerd wordt.

Wordt dan nu de verweerder toch gedwongen voort te procedeeren op een stuk dat de grenzen der litis contestatio niet bepaält, waartegen de gedaagde wel geen strijd weet te voeren, maar dat hij toch ook niet uit het proces verwijderen mag noch kan, dan begrijp ik niet hoe men dit kan goed maken; is dit evenwel 't geval niet, dan moet Prof. NABER zich van den loop van het geding bij summiere behandeling en op korten termijn eene voorstelling maken welke ik althans in de wet niet gegrond vind. Als hij uit de desbetreffende bepalingen der wet meent te kunnen afleiden dat op de dagvaarding niet geantwoord wordt, omdat er geen schriftuur van antwoord wordt beteekend, dan schijnt dit mij een formalisme toe onverklaarbaar bij iemand die overigens hier steeds „liberaal" of „naar eene liberale rechtswetenschap" wil te werk gaan. (*)

Wij hebben nu den inhoud der exceptie van nietigheid op grond van onvoldoende aanwijzing van den eisch nader te bepalen. Terecht is er door Prof. NABER t. a. p. op gewezen dat men er wel op behoort te letten, of de bestrijding der dagvaarding, wat den daarin geformuleerden eisch betreft, haren grond vindt in het materieele dan wel in het formeele recht, maar ik betwijfel of Mr. VAN ROSSEM, met toepassing van dergelijke onderscheiding, recht heeft om te beweren, dat het hier, waar nietigheid beweerd wordt, uitsluitend aankomt op eene bestrijding van den vorm. Als dan, dus leert hij, bl. 37, de conclusie maar duidelijk en bepaald is maar volstrekt niet voortvloeit uit de volledig opgegeven praemissen, dan schendt die dagvaarding de hier voorgeschreven vormen niet, er kan dus van nietigverklaring van de dagvaarding geen sprake zijn maar het aangevoerde gebrek zal de toewijzing der actie in den weg staan. Ik blijf gelooven dat de nietigheid der dagvaarding in zoodanig geval kan voorgesteld en moet toegewezen worden. De vorm, die hier voor het formuleeren van den eisch wordt voorgeschreven, wordt door den aangewezen inhoud bepaald. Met opzicht tot de conclusie zelve, het petitum, wordt het uitdrukkelijk gezegd: zij moet d u i d e l i j k e n b e p a a l d zijn. De gedaagde moet uit de dagvaarding weten, wat van hem gevorderd wordt, door welke praestatie hij den eischer bevredigen kan; voorts moet hij ook weten het w a a r o m, om in verband met het w a t, te weten waartegen hij te strijden heeft, en naar aanlei-

(*) Ofschoon deze beschouwing in onmiddellijk verband staat met de nu afgeschafte onderscheiding der behandeling in gewone en summiere, meende ik haar toch om haar verband met de behandeling der kwestie zelve hier te moeten behouden.

ding van een en ander te bepalen: „cedere an contendere debeat." Als hij niet weet waartegen hij strijd moet voeren dan is zeker het libellus obscurus te noemen. Doch, ofschoon ik die benaming niet zonder gewicht acht tot bepaling van den inhoud dezer bijzondere exceptie van nietigheid, is zij 't niet alleen die mijn gevoelen staaft. De woorden der wet zelve wijzen ons den weg. Het is toch niet alleen om middelen en onderwerp te doen, maar om de middelen en het onderwerp met eene duidelijke en bepaalde conclusie. In het eerste geval ware 't hier louter eene kwestie van vorm: als er maar feiten, als er maar een rechtsregel wordt aangegeven of die met het onderwerp en de uit een en ander getrokken conclusie in verband staan of niet, aan den vorm is voldaan; in het laatste geval, en zooals onze wet luidt, is de noodzakelijkheid van inwendig verband niet te ontkennen en de bijvoeging: „met eene duidelijke en bepaalde conclusie", al kon zij „het onderwerp" vervangen, laat toch niet toe, dat aan het voorschrift der wet voldaan is met eene conclusie die niet concludeert! Gaat men verder na, welke redenen de commentatoren van de ordonnantie opgeven voor de noodzakelijkheid van de opgave der conclusie en der middelen en de strekking der daarop gebaseerde nietigheid, dan moet men tot hetzelfde besluit komen. In de aanteekeningen op art. 1 van tit. II ord. 1667 zegt Jousse: „Une assignation ou un ajournement est libellé quand la demande s'y trouve expliquée; l'ord. veut qu'on y ajoute sommairement les moyens, afin que la partie assignée sache pourquoi elle est citée en justice, et qu'elle puisse en conséquence, ou se défendre, ou consentir à ce que lui est demandé." En verder: „Il faut aussi observer que cette nullité, est souvent un des moyens les plus utiles que le défendeur puisse alléguer.... même en comparaissant d'abord sur l'assignation parceque l'ajournement n'est pas seulement donné au défendeur pour lui faire connaître qu'il est assigné, mais encore pour lui faire connaître l'objet de la demande et les moyens. C'est pourquoi si l'ajournement n'est pas bien libellé, et que les conclusions et les moyens ne soient pas bien expliqués, il est intéressant pour ce défendeur de faire déclarer l'ajournement nul, à l'effet qu'on l'ajourne de nouveau." Duidelijker, dunkt mij, kan niet gezegd worden dat de vorm van het exploit, wat den eisch betreft, door den daaraan te geven inhoud bepaald wordt.

Dat belang, waarvan Jousse spreekt, dat verweerder bij de

nietigheid kan hebben, heeft nu onze wetgever door de toepassing van het „nullité sans griefs n'opère pas" in zoover getemperd dat hij de afwijzing der exceptie toelaat, indien het gebrek verbeterd, of de gedaagde door uitstel zijner verdediging geholpen kan worden. En dit zal m. i. in den regel kunnen plaats hebben, voorzoover art. 134 toelaat den eisch tot den afloop der zaak te wijzigen of te verminderen. De z.g. verbetering mag niet tot eene verandering of vermeerdering leiden, want terwijl deze in den loop van het geding verboden zijn, zou de gedaagde door dusdanige verbetering in zijne verdediging worden benadeeld. Op deze wijze kan door de exceptie van nietigheid, indien zij toegewezen wordt, de voortzetting van een toch onvruchtbaar proces al dadelijk worden afgesneden of, indien zij tot verbetering van het exploit op het punt van den daarin geformuleerden eisch leidt, de voortzetting van het proces op een deugdelijken grondslag ten gevolge hebben. Dat de eischer het gebrek in de dagvaarding kan verhelpen door in zijne conclusie van eisch, altijd binnen de grenzen van art. 134, de noodige verduidelijking aan te brengen, en op die wijze de exceptie te ondervangen, zal ik nauwlijks behoeven op te merken.

Maar, vraagt men wellicht, indien de exceptie van nietigheid, op grond van ondeugdelijke formuleering van den eisch, den hier aangegeven omvang heeft, zal dan van het niet voorstellen dier exceptie het gevolg zijn, dat zij gedekt is en dat de verweerder zich tot nietigverklaring van de dagvaarding op de ondeugdelijke formuleering van den eisch niet meer kan beroepen? Ja, maar welk gevaar ligt daarin? De verweerder zal niet meer het exploit nietig kunnen doen verklaren, zich niet meer van de verplichting om op het geding in te gaan kunnen bevrijden, maar als de gronden voor den eisch aangevoerd den eisch niet staven of de eisch door zijne onbepaaldheid voor toewijzing niet vatbaar is, zal de gedaagde op die gronden de toewijzing van den eisch kunnen bestrijden. Zijn evenwel de gebreken voor verbetering vatbaar, zonder schending van art. 134, dan zal hij zich die verbetering tot aan den afloop der zaak moeten getroosten. De gelegenheid om al dadelijk voordat hij zich op den eisch inliet, door de exceptie van nietigheid voor te stellen in den aanvang van het geding de verbetering te verkrijgen is voorbij, doordien de exceptie gedekt is. Zoo zal, om een voorbeeld te noemen, wanneer een eisch wordt ingesteld op grond van eene uit overeenkomst voortvloeiende verbintenis zonder vermelding van

hare oorzaak, de exceptie van nietigheid kunnen worden voorgesteld omdat de vermelding dier oorzaak een feit is dat door den eischer moet worden aangevoerd en de eisch, wat de aangevoerde middelen betreft, bepaaldelijk ten aanzien der feiten, gebrekkig is. De rechter zal in die omstandigheid de aanvulling van den eisch kunnen bevelen, indien de eischer dit verlangt, omdat hij de verbetering toch ook in den loop van het geding zou kunnen aanbrengen. Maakt de eischer van de hem krachtens art. 94 § 1 toegekende bevoegdheid geen gebruik, dan zal de rechter de exceptie van nietigheid toewijzen. Stelt evenwel de gedaagde de exceptie niet voor, verlangt hij niet om, reeds bij den aanvang, van de voortzetting van 't geding te worden ontslagen of anders op een volledig geformuleerden eisch voort te procedeeren, dan zal hij, als verdediging tegen den eisch zelven, de ongegrondheid daarvan wat de feiten betreft aanvoeren en zal de eischer alsnog de verbetering kunnen aanbrengen of bij gebreke daarvan zich zijn eisch ontzegd zien. De middelen door den gedaagde in het een en ander geval gebezigd zijn niet alleen formeel van verschillenden aard, maar hebben ook een verschillend rechtsgevolg. Verg. een vonnis van de rechtbank te Zutfen 17 December 1896 W. 6917, waarbij niet-ontvankelijkheid van den eisch wordt uitgesproken op grond dat de nauwkeurige aanduiding van het goed ontbrak in de dagvaarding en conclusie, welke bij eene opvordering van grond met wegruiming van een gedeelte muur noodzakelijk was te achten.

De exceptie welke wij bespraken is van oudsher onder de benaming van „exceptio obscuri libelli" bekend en in de praktijk pleegt zij nog zoo genoemd te worden. Ik zelf heb van die benaming gebruik gemaakt om de beteekenis der exceptie zelve te verklaren. Men heeft echter die exotische uitdrukking niet noodig noch in de dingtalen noch in de vonnissen. In de dingtalen toch zal altijd de nietigheid van de dagvaarding moeten worden beweerd en dit op grond van het niet overeenkomstig het voorschrift der wet formuleeren van den eisch wat in bijzonderheden zal moeten worden aangewezen. Wil men dan die exceptie van nietigheid der dagvaarding met een enkel woord aanwijzen, er kan geen bezwaar bestaan om van nietigheid van dagvaarding wegens gebreken in den eisch te spreken. Niet alleen wordt dan de vreemde uitdrukking vermeden maar tevens eene benaming, die het begrip niet volkomen dekte, daar „obscurus" niet volkomen juist teruggeeft: „niet overeenkomstig het voorschrift der wet geformuleerd", terwijl eindelijk de uitdrukking van „exceptio obscuri

libelli" zou kunnen doen vergeten dat wij hier met een bijzonder geval van nietigheid der dagvaarding te doen hebben, dat dientengevolge aan de ook voor andere nietigheden der dagvaarding gegevens regels onderworpen is en niet meer, zooals vroeger toen libellus obscurus geen reden van nietigheid was, op zich zelve staat. Men kan den verouderden en vreemden naam verwerpende daarom toch blijven onthouden dat de exceptie van nietigheid wegens gebrek in den eisch uit de „exceptio obscuri libelli" is voortgekomen.

Maar gelijk ik zeide: de gedaagde behoeft zich bij dit beroep op de gebrekkige formuleering van den eisch niet van de exceptie van nietigheid te bedienen, hij kan dat beroep ook tegen de toewijzing van den eisch als een peremtoir middel van niet-ontvankelijkheid doen gelden. En zóó zal het, nu de vereeniging der middelen van verwering door den wetgever is bevolen, nog alleen praktisch bruikbaar zijn. Immers voert hij de gebrekkige formuleering van den eisch als een grond tot nietigheid van de dagvaarding aan en verbindt hij daarmede zijne verwering tegen den eisch zelven, dan zal de rechter moeilijk kunnen aannemen dat de gedaagde door die beweerde nietigheid in zijne verdediging werd benadeeld; die verdediging zelve is eene handeling die de benadeeling weerspreekt. Ook wordt verbetering van de dagvaarding overbodig, daar zij te laat zou komen.

Persisteert de gedaagde bij de exceptie van nietigheid op grond van de gebrekkige formuleering van den eisch en is de rechter van oordeel dat de gedaagde door die nietigheid niet in zijn verdediging wordt benadeeld zoodat hij de exceptie verwerpt, dan heeft de gedaagde zijn recht op verdere verdediging verloren en de rechter zou den excipient niet kunnen te gemoet komen met een verbetering van de onregelmatigheid of herstel van het verzuim, daar de excipient zich tegen dien verbeterden eisch niet meer zou kunnen verdedigen.

Terwijl nu de aan den rechter toegekende bevoegdheid om bij een beroep op de nietigheid het gebrek in de dagvaarding te herstellen, omdat de gedaagde door de nietigheid in zijne verdediging niet werd benadeeld, alleen in toepassing kan komen bij de nietigheid op grond van gebrek in de formuleering van den eisch, daar bij de andere nietigheden in den vorm het belang van den gedaagde om zich daarop te beroepen door zijne verschijning vervalt; terwijl voorts die aan den rechter toegekende bevoegdheid bij de exceptie van nietigheid op grond van gebrekkige formuleering van den

eisch hare bruikbaarheid heeft verloren, nu alle middelen van verwering tegelijk moeten worden voorgedragen; terwijl daaruit tevens volgt dat de exceptie van nietigheid zelve, gegrond op het gebrekkig formuleeren van den eisch, een onbruikbaar verdedigingsmiddel is geworden, dewijl het zijne doelmatigheid alleen ontleende aan het afzonderlijk vóór andere middelen voorstellen daarvan, zoo blijkt dat het beroep op gebrekkige formuleering thans alleen als een met een antwoord ten principale gelijkstaand middel van peremtoire niet-ontvankelijkheid tegen den eisch bruikbaar is en dat het zelfs als zoodanig reeds daarom noodzakelijk moet worden toegelaten, omdat het eene ongerijmdheid zou zijn aan een gedaagde de verplichting op te leggen om te antwoorden op een eisch welke voor hem onverstaanbaar is. De eischer zal in antwoord op dit beweren den eisch binnen de grenzen van art. 134 kunnen wijzigen, daardoor verduidelijken en den gedaagde tot verdediging in staat stellen. Want de gedaagde kan dan zijne verdediging tegen den nu beter geformuleerden eisch inbrengen. — Indien juist is de meening van de Rechtbank te 's-Gravenhage 8 November 1899 W. 7374 dat de eischer de oorzaak van de overeenkomst in de dagvaarding niet behoeft te vermelden, dan zou het door mij op bl. 75 en 76 gekozen voorbeeld van een beroep op de nietigheid der dagvaarding wegens niet behoorlijk formuleeren van den eisch door de oorzaak der overeenkomst er niet in op te nemen, niet gepast zijn. — De rechtbank van Zutfen was van oordeel dat waar de eisch in de dagvaarding niet behoorlijk is geformuleerd, geen verbetering bij conclusie van repliek kan worden toegelaten, maar de eisch niet-ontvankelijk is. Deze uitspraak werd bij arr. Arnhem 25 Nov. 1896, W. 6902 bevestigd. Minder streng oordeelde Rechtbank 's Gravenhage 22 April 1896, W. 6818 en het Hof aldaar bij arr. 16 Nov. 1896, W. 6902.

Duidelijk is het dat het tweede lid van art. 94 bij de herziening van 1896 had moeten vervallen. Het is echter alleen voor den uiterlijken schijn met den regel van vereeniging van alle weren in overeenstemming gebracht. Over de zonderlinge argumentatie waarmede het behoud van art. 94 § 2 werd verdedigd zeg ik niets. Mr. van Rossem heeft daarop recht gedaan ad art. 94 n° 5.

Absolute nietigheid.

De nietigheid wordt door den rechter ambtshalve uitgesproken in twee gevallen:

1°. indien de gedaagde niet verschijnt;

2°. indien zij daarin bestaat, dat het exploit niet door een bevoegden deurwaarder is beteekend.

ad 1um. Volgens art. 76 wordt tegen den niet verschijnenden gedaagde eerst dan verstek verleend, indien de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht genomen zijn, en volgens art. 92 § 2 moet de rechter, bij gebreke daarvan, de nietigheid van het exploit uitspreken. Uit het verband van art. 76 met 92 § 2 is het ook duidelijk dat in het eerstgemelde artikel de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen en formaliteiten bedoeld zijn. In het algemeen rechtvaardigt de reden, waarom die termijnen en formaliteiten zijn voorgeschreven, de niet-verschijning van den gedaagde, waar zij werden verzuimd in zoover als de verschijning van den gedaagde bewijst dat de nietigheid hem in zijne verdediging niet benadeelt, en in geval de nietigheid uit de gebrekkige formuleering van den eisch ontstaat, hij zich daarop niet kan verdedigen. „De duidelijke zin van het artikel is," zeide ook de Regeering (Minister VAN LYNDEN) in de Mem. van Beantw. betreffende het Ontwerp van 1877, „dat de dagvaarding, die aan eene radicale nietigheid lijdt, bij niet-verschijning van den gedaagde, moet worden nietig verklaard, waaruit tevens volgt dat het ongeoorloofd is daarop verstek te verleenen". Men kan met het oog op de gevolgen wel vragen, was het noodig dat in zooveel gevallen nietigheid werd bedreigd, maar de bepaling van art. 92 § 2 kan niet wijken voor het „nullité sans griefs n'opère pas" omdat die „griefs" hier, bij niet-verschijning van den gedaagde, niet kunnen worden beoordeeld. Anders Opm. en Med., t. a. p., blz. 255. Mocht de nietigheid aan de aandacht des rechters ontgaan en niettemin eene veroordeeling bij verstek volgen, dan zal het beroep op de nietigheid bij het tegen dat vonnis ingesteld verzet niet krachtens art. 94 kunnen worden afgewezen. De nietigheid rechtvaardigt het wegblijven des gedaagde en daarom wordt hij ook van de kosten van het verstek ontheven als de dagvaarding nietig verklaard wordt, art. 89. Hoewel de exceptie van nietigheid op grond van art. 5 n°. 3 voor den verweerder, gelijk ik hierboven meen te hebben aangetoond, onbruikbaar is geworden, zoo blijft toch de verplichting des rechters om, bij niet-verschijning van den gedaagde de nietigheid uit te spreken volgens art. 92 bestaan.

ad 2um. In dit geval is de rechter volgens art. 95 volstrekt verplicht

de nietigheid uit te spreken. Dat hij ambtshalve daartoe verplicht is, volgt uit de woorden van art. 95 „in alle gevallen", d. w. z., in verband met hetgeen voorafgaat: „of de gedaagde verschijnt of niet, en of hij bij zijne verschijning de nietigheid inroept of niet". „In alle gevallen" slaat op alle vroeger gemaakte onderscheidingen terug, zoodat zij allen wegvallen. De beperking tot het onmiddellijk voorafgaande art. is, zoo al niet willekeurig, in strijd met de ratio, welke zijne toepassing ook op art. 93 rechtvaardigt. „.... terwijl de bij art. 95 vermelde bepaling" zeide de toel. op dit art. bij v. D. HONERT op art. 92, „de exploiten door eenen onbevoegden deurwaarder beteekend, zoowel van de willekeur van de partijen als van de ruimte aan den rechter gelaten, uitsluit." Anders Opm en Med. t. a. p. bl. 252. Ook hier laat het Ontwerp de beslissing over de nietigheid aan 't oordeel des rechters over, naar aanleiding van de mogelijkheid van onbillijke gevolgen, welke zich in de praktijk kunnen voordoen, en zich werkelijk voordeden in een zeker zeer exceptioneel geval, beslist bij arrest van den Hoogen Raad van 11 December 1857 in de toelichting van het Ontwerp op bl. 99 aangehaald, nader ontwikkeld in het hierboven aangehaalde opstel in de Opm. en Med. Zie ook vonnis rechtb. den Haag van 7 Juni 1881 in Rechtsg. Bijblad 1881 A 189. Toch wordt art. 95 volkomen gerechtvaardigd door het motief, dat ook de betrekkelijke bevoegdheid des deurwaarders eene zaak is van publieke orde. Het Wetb. van Genève stelt in artikel 745 de onbevoegdheid van den instrumenteerenden ambtenaar als reden van nietigheid der acte op den voorgrond, doch maakt ook deze nietigheid tot eene relatieve, art. 746. Het belgische Ontwerp daarentegen wil haar ambtshalve hebben uitgesproken. „On connait l'axiome, il n'est de plus grand vice que le défaut de pouvoir". Zoo is het. Buiten zijn ressort houdt de deurwaarder op deurwaarder, en zijne acte eene authentieke acte te wezen. Noch de rechter, noch de partijen moeten de bevoegdheid hebben om voor een bepaald geval een persoon met openbaar gezag te bekleeden waar hij dit onbevoegd uitoefende en dus niet had. De vergelijking met de bevoegdheid des rechters gaat dan ook volstrekt niet op.

Wanneer de rechter eene nietigheid in een exploit ontdekkend tot het besluit komt dat hij deze niet ambtshalve mag uitspreken, dan kunnen de overwegingen voor en tegen die nietigheid in het vonnis veilig gemist worden. De rechter behoeft niet te „protesteeren van

zijne diligentie in 't zoeken naar nietigheden," noch veel minder daarvan bewijs te leveren. Aanleiding tot deze opmerking gaf mij een vonnis Rotterdam 22 April 1895, W. 6681.

De nietigverklaring van de dagvaarding heeft voor den deurwaarder of voor den procureur, door wiens schuld de nietigheid is veroorzaakt, deze gevolgen:

Gevolgen der nietigheid voor procureur en deurwaarder.

1°. dat de kosten daarvan te hunnen laste komen;

2°. dat zij tot vergoeding van kosten, schaden en interessen aansprakelijk zijn;

3°. dat zij in hunne bediening kunnen geschorst worden. Art. 96.

De behandeling van de nietigheid in eene bijzondere afdeeling heeft den wetgever niet belet over ditzelfde onderwerp ook nog bij andere gelegenheden uitdrukkelijke bepalingen, die niet geheel overeenstemmen, vast te stellen en daarbij te volharden, niettegenstaande in eene der afdeelingen van de Tweede Kamer op dat gebrek aan overeenstemming, met name van art. 17 en 96, de aandacht gevestigd werd. Zie v. d. HONERT, B. R. § 96, a. h. e.

Dat de gevolgen der nietigheid in de eerste plaats den deurwaarder treffen, is zeer natuurlijk. Hij is, met uitsluiting van anderen, tot het exploiteeren bevoegd en de toepassing der wettelijke voorschriften is alzoo zijn plicht. Vandaar dat in de eerste afd., over exploiten, alleen van den deurwaarder gesproken wordt, art. 17. Daaruit volgt de sub 1° en 2°. vermelde aansprakelijkheid, beide in art. 96 herhaald. Onder die sub 2°. is de in art. 17 afzonderlijk vermelde verwijzing in de kosten der vernietigde procedure, d. i. van den door de uitgesproken nietigheid vruchteloozen rechtsgang, begrepen, met dit onderscheid, dat de laatstvermelde kosten, volgens art. 17, onmiddellijk bij het vonnis dat de nietigheid van het exploit uitspreekt, ten laste van den deurwaarder kunnen worden gebracht. De mogelijkheid van schorsing in de bediening volgt uit art. 96; art. 17 vermeldt die niet.

De schuld van de nietigheid ligt in de eerste plaats bij den deurwaarder. Niet evenwel altijd. Voor zooverre de nietigheid een gevolg kan zijn van onjuiste opgaven omtrent namen of woonplaatsen van partijen of omtrent onderwerp of middelen van den eisch of omtrent den bevoegden rechter, valt des deurwaarders schuld weg. Zijn hem die opgaven door een procureur verstrekt en ligt de onjuistheid aan dezen, dan zal diens boven aangewezen aansprakelijkheid ontstaan,

volgens art. 96. Cf. Rotterdam, 4 Januari 1860, R. Bijbl. X (1860) bl. 581. Waar evenwel de nietigheid alleen afhankelijk is van de juiste toepassing der wettelijke voorschriften omtrent de wijze van exploiteeren, kan eene aanwijzing door den procureur bij de opdracht van het exploit aan den deurwaarder gegeven, dezen niet dekken. In dien zin werd terecht door het Hof van Groningen geoordeeld, 26 Mei 1857, R. Bijbl. X (1860) bl. 449.

Men zou kunnen vragen, of de wet het, bij de zoo belangrijke acte, welke den grondslag van het proces uitmaakt, niet te veel op den deurwaarder laat aankomen, vooral in het stelsel der verplichte vertegenwoordiging bij de colleges, en of des deurwaarders aansprakelijkheid een voldoenden waarborg opleveren kan?

Ik heb niet van eene aansprakelijkheid der advocaten gesproken. Noch art. 17, noch art. 96 maakt van hen gewag en de aansprakelijkheid, bij art. 58 B. R. ook aan hen opgelegd, is dunkt mij hier niet van toepassing.

§ 60. GEVOLGEN VAN DE DAGVAARDING *).

De gevolgen van de dagvaarding behooren voor een deel tot het gebied der rechtspleging; voor een ander deel tot dat van het materiëele recht. Zij kunnen alzoo worden onderscheiden in formeele en materiëele gevolgen.

Formeele gevolgen.

A. Formeele gevolgen.

1°. De dagvaarding legt aan den eischer en aan den gedaagde de verplichting op om ten beteekenden dage ter terechtzitting te verschijnen, ter vermijding van de nadeelen aan het verstek verbonden.

Voor den eischer bestaan de nadeelen in zijne veroordeeling in de kosten en hij zal eerst na vorafgaande betaling dier kosten, opnieuw kunnen dagvaarden, wat onvermijdelijk is als hij 't geding weder wil aanvangen, art. 75. De eerst uitgebrachte dagvaarding verliest voorts alle rechtsgevolg. Zie bijv. art. 2018 B. W. Dl. I. bl. 290.

*) Bij de fransche schrijvers over de procedure worden de gevolgen der dagvaarding gewoonlijk wel opgenoemd, doch weinig ontwikkeld, ook niet in de met groote uitvoerigheid aangelegde commentaren. BERRIAT ST. PRIX, 3e ed. (1813) I, p. 192; CARRÉ in de inl. op tit. 2 de l'ajournement (Brux. ed. I, p. 227); BONCENNE II, p. 249; RAUTER § 113; BONNIER, p. 62; GARSONNET § CCLIII, II, p. 253.

Voor den gedaagde dat hij, ten profijte van het tegen hem verleend verstek, jegens den eischer kan veroordeeld worden. Dat vonnis kan hij alleen door daartegen in verzet te komen uit den weg ruimen, maar de kosten welke als het gevolg der niet-verschijning kunnen worden beschouwd, blijven te zijnen laste, ten ware het verstek verleend werd op eene dagvaarding, die nietig verklaard wordt. Art. 76, 135 § 3, 89 B. R. Zie bl. 79.

Bestaat de verplichting voor den gedaagde ook dan, wanneer hij gedagvaard werd voor een onbevoegden rechter?

De bevestigende beantwoording der vraag is nauwlijks twijfelachtig. Alleen wanneer de rechter volstrekt onbevoegd is, zal de gedaagde de nadeelen zijner niet-verschijning kunnen ontgaan, indien de rechter zijne onbevoegdheid ambtshalve uitspreekt; maar als de rechter dit niet doet, dan volgt een veroordeelend vonnis, evenals van een bevoegden rechter, dat niet van kracht wordt beroofd dan door het daartegen bij de wet toegelaten middel van verzet. Dit laatste moet altijd worden aangewend waar de rechter betrekkelijk onbevoegd mocht zijn, omdat deze onbevoegdheid niet anders wordt uitgesproken, dan wanneer de gedaagde zich daarop beroept, dus niet als hij niet verschijnt. Maar al werd dan het vonnis bij verstek gewezen vernietigd, de kosten zouden toch ten laste van den gedaagde blijven; art. 89 bevrijdt hem daarvan alleen bij nietigheid der dagvaarding, en daarvan wordt de onbevoegdheid duidelijk onderscheiden. Art. 93, (oud) coll. 154 en 156.

Van de fransche schrijvers schijnt BERRIAT ST. PRIX, ed. 1813 I pag. 192 n[t] 47, aanleiding tot twijfel te vinden in een vermeenden strijd, dien hij in het R. R. aantreft, volgens hetwelk ongehoorzaamheid aan een onbevoegden rechter straffeloos zijn zoude (l. 29 D. ad municip. 50, 1; l. 53, § 3 D. de re iud., 42, 1; l. 20 D. de iurisd. 2, 1; l. 2, § 1 D. si quis in ius voc. 2, 5.), en aan den anderen kant den gedaagde de verplichting wordt opgelegd om te verschijnen ten einde de rechter zijne bevoegdheid zelf beoordeele (l. 2 pr. si quis in ius voc. 2, 5; l. 5 de iud. 5, 1). Ik zie geen reden om strijd aan te nemen. Dat alleen aan den bevoegden rechter gehoorzaamheid verschuldigd is, sluit volstrekt niet uit de noodzakelijkheid om te verschijnen, ten einde door het voorstellen van eene praescriptio fori van den aanleg ontslagen te worden. Cf. BETHMANN-HOLLWEG, Röm. Civilprozess, § 73, II, bl. 118. Intusschen schijnt bijv. ook HEFFTER, System d. röm. u. deutsch. Civilproz.,

§ 165 II, te meenen, dat in l. 2 pr. en 5 de rede zou zijn van bijzondere „exemtionsprivilegien" en dat alleen bij het bestaan van deze een beroep van den gedaagde te pas zou komen te zijner bevrijding.

Verschijning ten beteekenden dage, d. i. op den in de dagvaarding aangewezen dag, of den door den verweerder aangewezen dag krachtens het hem toekomende recht van anticipatie, waarover in § 58, bl. 59.

2°. **Het geding wordt door de dagvaarding bij den rechter aanhangig gemaakt.**

De dagvaarding is, blijkens haren inhoud, tot den gedaagde, niet tot den rechter gericht; zij heeft plaats zonder voorkennis des rechters en er zijn nadere handelingen noodig om den rechter met de dagvaarding in kennis te stellen. Maar de dagvaarding is toch de acte, waarbij de hulp des rechters wordt ingeroepen; het geding dat voor den rechter gevoerd wordt vangt met de dagvaarding aan en wordt dus in dien zin bij den rechter aanhangig gemaakt. Als de wetgever in art. 1 zegt dat de rechtsingang aanvangt met eene dagvaarding, dan blijkt daaruit — al is het woord niet gelukkig gekozen — dat de eischer door de dagvaarding met zijne vordering den weg van rechte is ingegaan, en daarin moet de rechter betrokken zijn. En zoo spreekt dan ook art. 158 met zoovele woorden van eene zaak „door eene dagvaarding aanhangig gemaakt". „Le juge est saisi de la cause," zeggen de fransche schrijvers en zij maken dit tot een der gevolgen van de dagvaarding. BERRIAT ST. PRIX ed. 1813; p. 193 n°. 4 en, met toepassing op de acte van dagvaarding in hooger beroep, p. 383 n' 82. RAUTER § 113 p. 116. Hoe zou ook de dagvaarding de bevoegdheid des rechters bepalen (zie volgend 3°) indien de dagvaarding niet reeds de zaak aan zijn gerecht verbond? Al is er dan ook nog eene handeling noodig om den rechter in kennis te stellen met het feit dat voor hem gedagvaard is, al is daartoe noodig dat de procureur des eischers de zaak op de rol doe inschrijven, opdat zij ten dienende dage op haar beurt ter terechtzitting worde opgeroepen, dit is uitteraard niet anders dan eene bepaling van orde, waaraan, ofschoon zij thans terecht in de wet is opgenomen,

(artt. 135, 139) vroeger eene plaats was gegeven in artt. 37, 38 Regl. I. Maar aanhangig wordt de zaak door de dagvaarding al is zij niet ter rolle ingeschreven, vonnis Maastricht 12 Juni 1845. R. Bijbl. VIII, 509. Maar aanhangig wordt de zaak door de dagvaarding Hoe zou ook eene zaak bij het kantongerecht aanhangig worden, als dit niet door de dagvaarding geschiedde, daar noch de wet noch het Reglement van eene inschrijving der zaak ter rolle iets weet? Dat daarom toch niet een procureur, die verzuimde de zaak op de rol te brengen, ten gevolge waarvan zij ten dage dienende niet opgeroepen werd, dat verzuim tegen den wil der tegenpartij kan herstellen door eenvoudig de zaak tegen een lateren dag bij avenir ter rolle te brengen, besliste de H. Raad terecht, bij arr. van 3 Mei 1888 W. v. h. R. n°. 5557. Intusschen zoude ik niet met den H. Raad hebben gezegd dat „het Hof terecht heeft geoordeeld dat het hooger beroep niet wettig was aanhangig gemaakt", maar ik zou gewenscht hebben dat de H. R., die uitspraak van het Hof verbeterende, gezegd had, dat het bij dagvaarding aanhangig gemaakt hooger beroep niet op wettige wijze was ter terechtzitting gebracht en dat daarom van voortprocedeeren in deze aanhangig gemaakte zaak geen sprake kon zijn. Wanneer ik intusschen het arrest van den H. R. in zijn geheel lees en rekening houde met de door het Hof, wiens uitspraak het bevestigde, gebezigde uitdrukkingen, dan zoude ik daarop niet met Mr. Van Rossem I bl. 9 v. eene van de gangbare leer afwijkende opvatting omtrent het begrip van aanhangig maken der zaak durven bouwen. En ik zou het niet willen, omdat ik nog altijd met de Pinto II bl. 34 van gevoelen ben, dat de dagvaarding de zaak bij den rechter aanhangig maakt. De advocaat-generaal van Maanen stelt in zijn aan het arrest voorafgaande conclusie wel, dat het Hof „niet legaliter van de zaak gesaisisseerd was," maar dat wordt niet bewezen daardoor dat de zaak eerst niet en later „op onregelmatige wijze ter rolle was gebracht." Eene zaak aanhangig te maken, den rechter daarvan te „saisisseeren", en te zorgen dat de aanhangig gemaakte zaak op de aangewezen terechtzitting worde opgeroepen, zijn geheel onderscheidene zaken. Dat die gangbare leer niet zoo vreemd is als zij den tegenstanders schijnt te zijn kan o. a. blijken uit hetgeen ook oudere schrijvers leeren. Zoo bijv. Voet ad Dig. 44, 2 n°. 7: „Coepta autem esse atque ita pendere lis alibi censetur, non modo si lites contestatio iam facta sit, sed et si sola citatio seu in ius vocatio, utpote quae praeventionem inducit."

De vraag der aanhangigheid komt ter beantwoording bij de beoordeeling der exceptie van aanhangigheid en verknochtheid. Uit art. 158 volgt dat de reeds gedane dagvaarding waarbij de zaak voor een ander rechter werd aanhangig gemaakt, iure praeventionis het bevoegde gerecht aanwijst. Bij jurisdictie-geschillen is, gelijk wij zagen I bl. 393, die aanhangigheid niet voldoende.

Men kan aan de dagvaarding, in zooverre zij het geding aanhangig maakt, ook het gevolg verbinden, dat zij den rechter tot oordeelen verplicht, in dien zin nl., dat deze, des rechters verplichting, van die handeling der bijzondere personen en niet van 's rechters wil afhankelijk is; want waar geen klager is, daar is ook geen rechter. Zie § 14 II.

Dat het geding door de dagvaarding aanhangig gemaakt wordt, heeft ook invloed op het materiëele recht, doordien rechters en andere in art. 1504 B. W. genoemde personen onbevoegd zijn om „door overdracht eigenaar te worden van rechten of rechtsvorderingen, waarover gedingen aanhangig zijn". Daarbij komt het evenwel aan op het „aanhangig zijn" wat niet het geval is met eene zaak die wel aanhangig gemaakt werd door dagvaarding maar op welke dagvaarding niet werd voortgeprocedeerd. Verg. I, bl. 151.

3o. De dagvaarding bepaalt de bevoegdheid des rechters, voor zooveel die van de waarde der vordering afhankelijk is.

De volstrekte bevoegdheid des rechters is op tweeërlei wijze van de waarde der vordering afhankelijk, in zoover deze bepaalt of de rechter in eersten aanleg met of zonder hooger beroep (revisie) rechtspreekt en of hij in het geheel tot rechtspraak bevoegd is. Art. 38 vv., 54 n°. 2 en 3, 90 R. O.; art. 360 B. R. Zie Hoofdst. V, afd. 2.

Dat de dagvaarding hier maatgevend moet zijn, volgt uit de bepaling dat den rechter bevoegdheid wordt toegekend om van rechtsvorderingen kennis te nemen en dat die rechtsvorderingen bij dagvaarding worden aanhangig gemaakt, terwijl ook in de dagvaarding moet worden aangewezen de rechter die van de zaak moet kennis nemen; dus die welke bevoegd is om kennis te nemen van de bij dagvaarding ingestelde vordering.

Deze regel is evenwel niet zonder uitzonderingen.

Wanneer, zooals in art. 38 n°. 2, de bevoegdheid des rechters niet uitsluitend van het bedrag der vordering afhankelijk is, maar tevens van de vraag of de titel al of niet wordt betwist, kan de dagvaarding niet absoluut de bevoegdheid bepalen; zij hangt dan van de door den verweerder gevoerde verdediging af. Zie ook art. 41 R. O.

Eene andere uitzondering moet, dunkt mij, in tegenspraak met het gevoelen door mij vroeger, in Dl. I, bl. 327 der tweede uitgave, gevolgd, aangenomen worden, wanneer de eischer, gebruik makende van de hem bij art. 134 toegekende bevoegdheid, den eisch vermindert beneden het bedrag waarover de rechter bevoegd is te oordeelen of waarover hij onder hooger beroep oordeelt. Het zal dan het bedrag der gewijzigde conclusie zijn en niet dat van de dagvaarding, waarvan 's rechters bevoegdheid om te oordeelen of de beroepbaarheid van zijn vonnis afhankelijk zal zijn. De bevoegdheid den eischer bij art. 134 toegekend om zijn eisch te verminderen bestaat, m. a. w., daarin dat hij in de plaats van de bij dagvaarding ingestelde vordering eene gewijzigde van minder bedrag mag stellen. Zoodra hij van die bevoegdheid gebruik maakt is aan het oordeel des rechters alleen en uitsluitend de aldus verminderde vordering onderworpen en dewijl 's rechters bevoegdheid door het bedrag der aan zijne kennisneming onderworpen vordering bepaald wordt is die bevoegdheid afhankelijk van de conclusie die nu dit bedrag der vordering bepaalt. Zoo is ook de bevoegdheid des rechters om over eene reconventioneele vordering te oordeelen van het bij schriftuur of conclusie van antwoord gestelde bedrag afhankelijk art. 250 n°. 2.

Merkt men daarbij terecht op dat bij de reconventie aan eene dagvaarding niet te denken valt, dan zal men met dat geval wel gelijk moeten stellen dit andere, waarin het gestelde bij dagvaarding vervalt en door het gestelde bij conclusie wordt vervangen. Zou men willen tegenwerpen dat, wanneer de rechter ten gevolge van de wijziging der conclusie op de tegenspraak van den gedaagde, onbevoegd werd, de gedaagde de exceptie van onbevoegdheid niet meer zou kunnen tegenwerpen dewijl deze onmiddellijk met andere verweermiddelen tegelijk moet worden voorgesteld, dan ziet men voorbij dat de gedaagde tegen den verminderden eisch nog geen verdediging heeft ingebracht en dat hij dus met zijne exceptie niet gezegd kan worden te laat te komen. Ik erken dat, wanneer de zaak bij de

Rechtbank is aanhangig gemaakt en de wijziging van den eisch eerst plaats heeft, nadat er niet alleen conclusiën gewisseld maar getuigenverhoor of andere incidenten hebben plaats gehad, het beroep op 's Rechters onbevoegdheid bepaaldelijk wanneer de gedaagde tegen de vordering tot het verminderd bedrag niets heeft in te brengen, tot een zeer onpraktisch resultaat kan leiden en dat dit beroep in dat geval uitgesloten moest zijn. Als het beroep geen plaats heeft, zal de rechter, lettende op art. 157, zich niet ambtshalve onbevoegd verklaren. Doch het beroep kan plaats hebben. Al heeft de gedaagde er geen belang bij, de praktizijns kunnen zijn belang anders inzien. Doch, zooals de wet ligt, wordt de eischer, door hare toepassing in boven aangewezen zin, volstrekt niet verkort in de hem bij art. 134 toegekende bevoegdheid. Hoe ruim die hem zij toegekend, dat hij in het gebruik maken daarvan onderworpen blijft aan de op de openbare orde berustende regelen van de volstrekte bevoegdheid des rechters, is in beginsel zeker eerder als des wetgevers wil te beschouwen dan het tegendeel.

De regel: „ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet" moge al juist zijn, zijne toepasselijkheid in dit geval moet worden aangetoond; l. 1 D. de R. J. Uit art. 277 B. R. af te leiden dat de rechter bevoegd blijft, omdat de eischer in dat geval van de geheele instantie afstand kan doen zonder dat daardoor de rechter onbevoegd wordt en hij die het meerdere kan, ook het mindere mag, gaat reeds daarom niet op, dewijl afstand van instantie iets geheel anders is dan afstand van een gedeelte der VORDERING en hier dus van een meer en minder geen sprake kan wezen. Maar bovendien valt, bij afstand van de instantie waardoor de kennisneming van de zaak geheel aan den rechter onttrokken wordt, aan diens bevoegdheid (tot iets dat niet is?) niet te denken. Dit een en ander tegen het betoog van Mr. S. M. in R. Bijblad VIII (1858) bl. 552 vv., wiens gelukkige bestrijding van CARRÉ en MERLIN mij vroeger (I dl. 327 2e ed.) ten onrechte ook tot de juistheid van zijn positief betoog overhaalde. De jurisprudentie heeft zich bij ons nog niet in den een of anderen zin vastgezet. Wat den invloed van de vermindering van den eisch op de beroepbaarheid van het vonnis betreft, is de fransche jurisprudentie, welke deze naar de gewijzigde conclusie geregeld wil hebben, de meest algemeen aangenomene. Zij werd gehuldigd door den H. Raad in meer dan een arrest en nog bij arrest van 1 Juni 1883 W. v. h. R. n°. 4914.

Ook maakt de H. Raad in dat arrest, bij de toepassing van het verminderd bedrag voor de beroepbaarheid, onderscheid tusschen dit geval en den invloed op de bevoegdheid die volgens ons hoogste college uitsluitend van de dagvaarding afhankelijk blijft. Evenzoo de Procureur-generaal in de aan het arrest voorafgaande conclusie.

De aard der vordering, welke b. v. de zakelijke rechtsvorderingen aan de arrondissements-rechtbank toewijst, wordt ook door de dagvaarding bepaald. Zie volgend n°. 5.

4°. De bevoegdheid des rechters is afhankelijk van de woonplaats die de gedaagde heeft op het oogenblik dat de dagvaarding gedaan wordt.

Dit volgt duidelijk genoeg uit de bepaling van artt. 126 en 97 B. R., welke voorschrijven dat de verweerder moet worden gedagvaard voor den rechter van zijne woonplaats; eene latere verandering kan alzoo op de competentie geen invloed hebben. Cf. art. 53. Livre prélim. de la cour de cassation, waarvan evenwel de kracht ligt in de uitzondering van het tweede lid, welke bij ons niet geldt. Doch hoe zal het zijn, in geval aan de dagvaarding een verlof des rechters moet voorafgaan en de woonplaats des verweerders verandert tusschen de beschikking en de dagvaarding, bijv. bij den eisch tot echtscheiding? Art. 262. B. W. verklaart de rechtbank van de woonplaats van den man absoluut bevoegd. Daar kan alleen de vordering worden aangevangen. Daar moet dus gedagvaard worden. Ook bij die rechtbank moet volgens art. 816 B. R. (de Rechtbank) het verzoek om te dagvaarden ingediend worden. Daar kennelijk dezelfde rechter moet beschikken en later beslissen en het onmogelijk is op eene latere verandering van woonplaats bij 't verzoekschrift te rekenen, zal de bevoegde rechter die zijn, in welks gebied de man bij de indiening van 't verzoekschrift woont. Bij scheiding van goederen geeft art. 806 § 2 in verband met 804, B. R., minder aanleiding tot twijfel.

5°. De dagvaarding bepaalt den grondslag en de strekking der ingestelde vordering en het voorwerp van den eisch,

in zooverre als de eisch voor geen verandering noch vermeerdering maar alleen voor vermindering of wijziging vatbaar is. (*)

Dit gevolg van de dagvaarding vloeit voort uit art. 134 B. R. in verband met art. 5 nº. 3. De grond van deze bepaling ligt hierin, dat de gedaagde door de dagvaarding, en ook door deze alleen, in kennis gesteld met datgene wat door den eischer van hem in rechte verlangd wordt, en daarop uitsluitend den strijd aanvangende, ook daarnaar alleen zijne verdediging kan richten. Met andere woorden zoude men het dus kunnen uitdrukken, dat de dagvaarding, behoudens de bepaling van art. 134, uitsluitend het geding regelt. Ik blijf daaraan vasthouden, niettegenstaande Prof. NABER in Rechtsg. Mag. IX (1890) bl. 10, verzekert dat „de onjuistheid dier opvatting aan geen den minsten twijfel onderhevig is". Op welke gronden? „De dagvaarding bevat niet „de" maar „eene" conclusie". Ik lees dat zij moet bevatten „DE middelen en HET onderwerp met een duidelijke en bepaalde conclusie" en vraag, hoe zou daar „de" hebben kunnen staan? „En niets belet", dus vervolgt de schr., „al wat in hare voorloopige uiteenzetting onbepaald mocht zijn gebleven, in de repliek of in de conclusie van eisch nader te omschrijven". Zeker, mits binnen de grenzen van art. 134, en zoo blijft het waar dat de dagvaarding regelt behoudens art. 134. „Ware het anders de wetgever zoude in art. 147 (oud) Rv. den rechter niet op het geding maar op de dagvaarding recht laten doen". De rechter zal toch ook wel op de conclusie van den gedaagde moeten letten en dus op het geding recht moeten doen? hoe kon de wetgever dan met mogelijkheid van de dagvaarding spreken? maar daarom blijft de dagvaarding toch de grondslag. „En art. 144 (oud) Rv. zoo gaat het verder, „zou een Uilenspiegeltje bevatten, als zelfs den lichtzinnigsten wetgever niet mag worden toegedicht". De vorm waarin dit argument is gekleed is nog zoo ongewoon op wetenschappelijk gebied dat ik het wellicht niet begrijp, maar ik twijfel of het wel meer kracht heeft dan dat beroep op art. 147. „De dagvaarding regelt het geding" dus eindigt het betoog, „niet meer en minder dan iedere

---

(*) Onder de verhandelingen over dit onderwerp verdient vermelding die van Prof. KLEINSCHROD omdat daarbij ook op den Code de procédure gelet wordt. Ueber die Klagänderung nach gemeinem Prozess, neusten Prozessordnungen und dem Code de Procédure civile. Erlangen 1879. Van later dagteekening zijn de verhandelingen van Dr. R. BOLLINGER, zur Revision der Lehre von der Klagänderung, Zürich 1886 en van Dr. R. SCHMIDT, die Klagänderung, Leipzig 1888.

andere conclusie, door den eischer uitgebracht. Dagvaarding, repliek, conclusie van eisch zijn als het ware de concentrische cirkels, waarbuiten hij niet mag treden, dan voorzoover art. 134 Rv. het toelaat; cirkels, waarvan ieder volgende in den voorgaanden ligt opgesloten en dezen hoogstens raakt". Laat dan art. 134 toe van de daarbij toegekende bevoegdheid buiten eenige conclusie gebruik te maken? Is de korte zin van 't gezegde inderdaad niet deze, dat de dagvaarding, behoudens art. 134, uitsluitend het geding regelt? Als van elk van die drie concentrische cirkels iedere opvolgende in den voorgaanden ligt opgesloten, zijn zij dan niet met elkander opgesloten in de dagvaarding die allen voorgaat? Eene toetsing en vrije beoordeeling van overgeleverde regelen als mijn geachte ambtgenoot bedoelde, is hoogelijk te waardeeren, doch ik geloof dat wij daartoe niet genoeg er ons op kunnen toeleggen om ons in die stemming te brengen, waarop v. SAVIGNY wijst in zijn System I Vorrede, bl. XI en XII.

Eene bepaling als ons art. 134 bevat de Code niet. De fransche schrijvers over de procedure erkennen de bevoegdheid des eischers om in den loop van het geding een eisch te doen, bij welken „il s'agit d'a d d i t i o n s, de restrictions, de modifications aux conclusions prises jusque là"; zij laten dus ook eene v e r m e e r d e r i n g van den eisch toe, onder deze beperking evenwel: „que l'objet de ces conclusions nouvelles soit en rapport, en connexité avec l'objet des conclusions primitives". Dat verband behoeft evenwel niet van dien aard te zijn, dat het voorwerp van den nieuwen eisch een accessoir is van den oorspronkelijken, bijv. interessen, terwijl eerst alleen het kapitaal werd gevorderd, maar ook gedurende het proces eerst verschenen vorderingen behooren daartoe. Juist voor dergelijke vorderingen achten zij de procedure voor de d e m a n d e s i n c i d e n t e s geregeld. Cf. BOITARD I, p. 523 vv., CARRÉ, op tit. 16, livr. II Code de Pr. — Buiten de gemelde gevallen werd onder den Code eene vermeerdering van den eisch evenmin als eene verandering toegelaten en werd dus ook in zoover de dagvaarding aangemerkt als den onveranderlijken grondslag van den ingestelden eisch te bepalen. Dit was dan ook eene zeer natuurlijke gevolgtrekking uit de voorschriften omtrent den inhoud der dagvaarding met betrekking tot „moyens et objet de la demande" (art. 64). Ook wordt het in verband gebracht met het verbod van demande nouvelle in hooger beroep art. 404, C. de Pr.

Het ontwerp van 1820 bevat in art. 3209 eene uitdrukkelijke bepaling over dit punt: „De aard en natuur van eene actie, kan, na derzelver aanleg, niet veranderd worden. De aanlegger mag echter in elken staat van het proces zijne vordering verminderen, behoudens hetgeen hieronder in den titel omtrent de proceskosten in dat geval, zal worden gezegd". Dit stemt overeen met de vroegere praktijk, volgens welke alleen verbeteringen en verligtingen waren toegelaten, mits de substantie niet worde veranderd en de gedaagde belet in de deliberatie „cedere an contendere velit". Verandering is alleen vóor niet nà de litis contestatie geoorloofd. Dus MERULA IV, 37, cap. 5 en 6. Zoo zegt ook VAN LEEUWEN, R. H. Regt B. V, dl. 15, n°. 10, dat de eisch na litis contestatie „wel vermindert of verlicht, niet veranderd of vergroot" kan worden. Dat ook dit gevolg der litiscontestatie op de dagvaarding is overgebracht (verg. v. SAVIGNY, System VI, bl. 240), is niet vreemd. Toch zal de eischer vooral in het antwoord van den gedaagde aanleiding tot verandering vinden en het belang van den gedaagde brengt inzonderheid mede om dit dan te beletten. Ook ware het m. i. consequent den eischer verandering of vermeerdering vrij te laten vóor het antwoord, evenals hij tot op dat tijdstip afstand kan doen van de instantie (art. 277); nà het antwoord zou uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming der tegenpartij daartoe noodig moeten zijn.

Eene uitdrukkelijke bepaling was ook in het wetboek van 1830, art. 120 opgenomen; doch dit liet vermeerdering zoowel als vermindering van den eisch toe tot den afloop der zaak: de vermeerdering viel bij de herziening onder het verbod.

In de fransche jurisprudentie en nog meer in onze vroegere praktijk en in de tegenwoordige wetgeving is alzoo de vrijheid welke het nieuwere Romeinsche recht toestond, merkelijk beperkt. Sedert de rechter niet meer aan de formule gebonden was, kon ook na litiscontestatie de eisch worden vermeerderd, indien te weinig gevorderd was; de plurispetitio behoefde geen verlies van 't proces noch nieuwe instelling van den eisch meer ten gevolge te hebben en zelfs verandering van voorwerp of aard der actie, ook na litiscontestatie, was ten slotte niet verboden, l. 3 C. de edendo 2, 1, § 32—35 J. de actt. Cf BETHMANN HOLLWEG, Röm. Civilproc. III, bl. 245 vv.; WIEDING, Just-Libellproces, bl. 129. De toekenning van die groote vrijheid van verandering ook met opzicht tot den aard en het voorwerp der actie is, niet ten onrechte, volgens B. HOLLWEG, „eine Bestimmung wobei die Identität des Rechtstreits und die billige Rücksicht auf die Vertheidigung des Beklagten kaum

besteht." Ofschoon zij dan ook niet zijn nagevolgd, hebben toch die bepalingen van 't R. R., zoowel op ons vroeger recht als op het fransche en duitsche procesrecht, dezen invloed uitgeoefend dat, hoezeer veranderingen waren uitgesloten, verbeteringen waren toegelaten en, zelfs in het duitsche procesrecht en onder den Code, ook de vermeerdering van den eisch, mits voortvloeiende uit de rechtsbetrekking, welke aan de ingestelde vordering ten grondslag ligt. HEFFTER, System d. Rom. u. Deutschen Civilpr., § 356; MARTIN, Lehrbuch, 13e ed., § 103, p. 208 en Vorlesungen I. p. 526—528 WETZELL, System, p. 799 (3e ed. p. 956) en BUCHKA, ald. aangeh.

De Civilprozessordnung stelt als een der gevolgen van het aanhangigworden der zaak, hetgeen plaats heeft door wat wij eene dagvaarding zouden noemen, dat de eischer niet bevoegd is den eisch te veranderen zonder toestemming des gedaagde, § 235 j°. 230. In § 240 wordt nader bepaald wat niet als eene verandering van den eisch is te beschouwen nl.: „wenn, ohne Aenderung des Klagegrundes, 1°. die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden; 2°. der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird; 3°. statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen eines später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird." Zie ruimer en beperkter toelating van verandering, welke bij de vaststelling der Civ. prozessordnung ter sprake kwamen, vermeld bij VON WILMOWSKI en LEVY, Kommentar op § 235. Wat op den XIIden Duitschen Juristendag hieromtrent werd voorgesteld vermeldt o. a. KLEINSCHROD, p. 11.

De bepaling van onze wet is streng, in zooverre vermeerdering van den eisch zonder onderscheid verboden is. Daardoor wordt uitgesloten het na de dagvaarding instellen van bijkomende vorderingen als van vruchten en interessen, van proceskosten, van uitvoerbaarverklaring bij voorraad of bij lijfsdwang. (Cf. I, bl. 251.) Volgens de toelichting zouden dergelijke vorderingen toegelaten zijn, dewijl daarin „niet eene eigenlijke vermeerdering maar veeleer eene wijziging" zou liggen; maar werd niet terecht daartegen de vrees geopperd, dat dit denkbeeld niet voldoende was uitgedrukt, omdat het vragen van renten „eigenlijk geene wijziging maar wel eene vermeerdering" is? En mag nu de uitlegger aannemen dat onder wijziging begrepen zou zijn, wat het eigenlijk niet is, en onder vermeerdering niet is begrepen wat het eigenlijk wel is? en dat, terwijl geen gevolg gegeven werd aan de voorgestelde bijvoeging: „ten ware

de vermeerdering is een gevolg van de ingestelde vordering"? (Zie v. D. HONERT, § 134, bl. 262). Dat art. 348 in hooger beroep een nieuwen eisch toelaat ter zake van interessen, enz. sedert het vonnis van eersten aanleg ontstaan, kan niet a fortiori de gevolgtrekking wettigen, dat dergelijke vorderingen in eersten aanleg ook na de dagvaarding gedaan kunnen worden. De voorwaarde: „sedert het vonnis ontstaan", berust op de onderstelling, dat het interessen geldt die eerst in appèl en niet vroeger gevorderd konden worden.

Vermindering is onbeperkt toegelaten. Vordert alzoo de eischer te weinig, hij zal in datzelfde proces nooit meer toegewezen kunnen krijgen; vordert hij te veel, dan risqueert hij voor zijne vordering niets. Naar 't Just. recht was 't nagenoeg andersom, § 33 en 34 I. de act. De reden van 't verschil tusschen vermeerdering en vermindering in ons recht werd gezegd daarin te bestaan, dat „door vermeerdering de verweerder in zijne verdediging zou kunnen worden benadeeld, welke hij wel heeft kunnen voorbereiden op den eisch zoodanig als die is ingesteld, maar niet zooals dezelve zich door eene vermeerdering zou kunnen vertoonen, en welke het zeer moeilijk, zoo niet onmogelijk is, bij de wet vooraf zoodanig te beperken dat het gevreesde nadeel daaruit niet zou kunnen ontstaan", v. D. HONERT t. a. p. Doch als het te weinig in het bedrag zit, zal niet altijd de verdediging anders zijn; in ieder geval, zoo de bijvordering bij incidenteele conclusie was toegelaten, bleef van zelf den gedaagde nadere verdediging open en het nadeel zou hem in proceskosten of op andere wijze vergoed kunnen worden, terwijl nu de eischer een tweede geding moet aanvangen, wat hem niet eens altijd vrijstaat. Zie I, bl. 254. Geldt ook niet dezelfde redeneering voor 't geval dat te veel is gevorderd en de eisch verminderd wordt, als de gedaagde erkent dat mindere schuldig te zijn en juist door die verdediging tot de vermindering aanleiding gaf? De bevoegdheid tot vermindering aan den eischer zoo onbeperkt toegekend, zou zelfs grond kunnen geven voor de stelling, dat hij voor geen veroordeeling in proceskosten behoefde te vreezen. Dit ware echter eene groote onbillijkheid voor den gedaagde en zoo zal de rechter in zoodanig geval, wanneer hij een verminderden eisch toewijst, wel niet aannemen dat de eischer in het gelijk, of dat de gedaagde op alle punten in het ongelijk gesteld werd. Veroordeeld te worden en in het ongelijk gesteld te worden is toch niet hetzelfde. Cf. art. 3472 O. 1820. Zie echter Groningen 16 Juni 1843 R. Bijbl. V. (1843) bl. 617. Verg. Rechtb. 's Bosch

1 Mei 1872 R. Bijbl. (1874) bl. 421. De H.-R., arr. 27 Dec. 1878 W. 4334, beschouwt het intrekken der hoofdvordering omdat deze vervallen is, met behoud van den eisch tot veroordeeling in de kosten als eene vermindering van den eisch die niet in strijd is met art. 134, hetwelk alleen veranderen of vermeerderen verbiedt. Anderen zeggen: het is geen vermindering noch verandering als men intrekt wat door verval voor geene toepassing meer vatbaar is. GERRITZEN, bl. 149. M. i. is de laatste voorstelling de juiste.

Had ten aanzien van de vermeerdering van den eisch niet meer vrijheid kunnen gelaten worden of meer ruimte aan het oordeel des rechters? „prout ius reddentis decernit aequitas", onder zoodanig behoedmiddel dat het recht der verdediging niet verkort en schade voorkomen of vergoed wordt? Huldigt onze wet niet een te streng formalisme?

„Verandering van het onderwerp van den eisch" is uitgesloten. Art. 134 spreekt van „zijn eisch te wijzigen of te verminderen" en „het onderwerp van den eisch te mogen veranderen of vermeerderen". Art. 120 W. 1830 spreekt van „eisch vermeerderen of verminderen" (augmenter ou diminuer ses conclusions) en van „het onderwerp van den eisch veranderen" (l'objet de la demande). Ik meen bij „vermeerdering of vermindering" vooral aan het bedrag en in ieder geval aan hetgeen ik het voorwerp van den eisch genoemd heb (I. bl. 249), de zaak die gevorderd wordt en de verdere bestanddeelen van het petitum (zie deze o. a. I, bl. 251), te moeten denken, en wijziging of verandering bovendien op den grondslag en de strekking (I, bl. 237 en 243) der vordering te moeten doen terugslaan. Niet toegelaten is alzoo wat § 35 I, de act. veroorloofde, en evenmin om eene persoonlijke in eene zakelijke vordering of eene possessoire in eene petitoire te veranderen, en dan ook geen beroep op nieuwe feiten. Het gaat niet aan „onderwerp van den eisch" hier te beperken tot het petitum. „Onderwerp" kan buiten tegenstelling zeer goed beteekenen den geheelen omvang van den eisch in al zijne bestanddeelen, wat in art. 5 n°. 3 „middelen en onderwerp" genoemd wordt. Eene tegenstelling nu is hier niet aan te nemen, omdat eene vermindering van den eisch niet aangaat zonder het onderwerp (in beperkten zin van het petitum opgevat) te veranderen, en vermindering alzoo alleen is toegelaten zonder verandering van de substantie der vordering. Verg. arr. H. R. 22 Nov. 1872 en de concl. van den adv.-generaal ald.

De wetgever laat wijziging toe. Wat is dat in tegenstelling van

verandering? Mij dunkt: eene verbetering of verduidelijking, waardoor de eisch geene verandering in aard of wezen ondergaat. Alzoo bijv. eene duidelijker omschrijving van het voorwerp zonder dat daarvoor een ander in de plaats gesteld wordt, eene aanvulling of verduidelijking der feiten zonder dat de rechtsvraag daardoor eene andere wordt. Ik versta alzoo onder „wijziging" wat in het Ontwerp II, tit. 1, art. 6 terecht gezegd wordt noch als verandering noch als vermeerdering beschouwd te worden, nl. „eene bij conclusie of bij de mondeling voordracht gedane opgave, strekkende om eene uit den inhoud der dagvaarding blijkende vergissing, waardoor te weinig is gevorderd of hetgeen gevorderd wordt niet met voldoende juistheid wordt omschreven, te herstellen". Twijfel blijft of onder „wijziging" niet te brengen zij wat eigenlijk geen wijziging maar vermeerdering is, naar aanleiding van de hierboven besproken beraadslagingen. Het Ontwerp verbetert in menig opzicht, in art. 6, de niet onberispelijk geredigeerde bepaling van art. 134, doch brengt daarin geen principieele verandering.

De vraag of de rechter op een feit, waarop de eischer zich in de dagvaarding beroept en hetwelk eerst nà de dagvaarding plaats greep acht mag slaan of niet, wordt door art. 134 niet beslist, doch hare bevestigende beantwoording door de bepaling van dat artikel niet uitgesloten. Want de eisch wordt daardoor niet veranderd; de feitelijke grondslag blijft dezelfde. Zie Mr. Gerritzen Acad. proefschrift over het ontstaan en te niet gaan der actie gedurende het proces bl. 152—161, 182—187 tegen de stelling van Prof. Gratama in N. Bijdr. I (1851) bl. 60.

In het aangehaalde proefschrift wordt t. z. p. de jurisprudentie over art. 134 ter toetse gebracht en daarvan een overzicht gegeven waaruit blijkt dat zij met mijne bovenstaande ontwikkeling vrij wel in overeenstemming is.

Verandering in de feiten te brengen gaat dus niet aan, maar daarom kan eene verandering in de qualificatie der feiten wel plaats hebben mits de eisch dezelfde blijve. De twijfel die in zoodanig geval kan ontstaan verklaart het verschil van gevoelen tusschen den Procureur-generaal en den H. Raad in de zaak, m. i. volkomen juist, beslist bij arrest van 24 December 1891 W. n°. 6126.

De toegelaten wijziging of vermindering van den eisch zal wel bij conclusie van eisch of bij die van repliek of ook bij een bijzonder daartoe betrekkelijke conclusie geformuleerd moeten worden,

Eenvoudig vermelding daarvan bij pleidooi schijnt niet toe te laten. De pleidooien strekken naar onze wet tot toelichting der conclusiën. Arg. art. 147. Zie Rechtb. Leeuwarden April 1842 W. v. h. R. n°. 297, Sneek 29 Maart 1848. Regtsg. Bijblad X (1848) bl. 626.

Zou de opneming van art. 134 in de wet wel eene gelukkige aanvulling van den Code mogen heeten, of had de jurisprudentie niet, zonder die bepaling, op het voorbeeld der fransche, tot een beter resultaat kunnen komen dan waartoe zij nu, door art. 134 gebonden, komen kan?

Ofschoon art. 134 een voorschrift van rechtspleging bevat, oefent het gevolg daarbij aan de dagvaarding toegekend ook op het materieele recht zijn invloed uit, vermits de dagvaarding den omvang bepaalt van datgeen, waarin de gedaagde door den rechter kan worden veroordeeld en de gegrondheid van den eisch daarnaar moet worden beoordeeld.

Is art. 134 ook toepasselijk op de rechtspleging bij de kantongerechten? Art. 125 sluit de toepasselijkheid van de eerste afdeeling van tit. III, en daarmede van art. 134, bij de kantongerechten uit. Maar als de vraag naar de bevoegdheid om den eisch te vermeerderen of te verminderen, te veranderen of te wijzigen, zich daar voordoet, zal zij, bij 't stilzwijgen van de wet, toch beantwoord moeten worden. En waar zal de rechter dan betere analogie vinden dan in den hier uitgedrukten wil des wetgevers? „ubi eadem ratio, idem ius" is hier volkomen toepasselijk. Tot dezelfde beslissing, zij het dan op andere gronden, kwam de jurisprudentie. Zie Rechtbank Groningen 16 Juni 1843, R. Bijblad V (1843), bl. 616.

Materieele gevolgen.

B. Materieele gevolgen. (*) Deze openbaren zich in den invloed, welken het instellen der rechtsvordering, en alzoo de dagvaarding, uitoefent op het recht zelf dat de eischer daardoor wil gehandhaafd zien. Op grond van die gevolgen kan men zeggen, want dit zal in den regel het geval zijn, dat het vonnis terugwerkende kracht heeft tot op den dag van de dagvaarding.

(*) Cf. BUCHKA, die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniss I (1846) II (1847); v. SAVIGNY, System VI en anderen, aangehaald bij UNGER II, § 127. In 't bijzonder voor ons recht Mr. B. J. GRATAMA, Bijdrage tot de leer van den invloed dien het proces op het materieele recht uitoefent, in de N. Bijdragen I (1851), bl. 23—72, 241—311, 431—447 en de aanteekeningen van Prof. GOUDSMIT, op § 10 van zijn Pandekten-Systeem Dl. I. GERRITZEN over het ontstaan en tenietgaan van de actie gedurende het proces. Proefschrift Leiden 1892.

De hier bedoelde gevolgen berusten meerendeels op het beginsel, dat de eischer, wanneer hem zijne vordering wordt toegewezen, in dien toestand moet geplaatst worden waarin hij zou geweest zijn, indien onmiddellijk op de dagvaarding aan zijnen eisch ware voldaan. Daarin ligt volstrekt geene bevoordeeling des eischers. Immers wordt de hulp des rechters in den regel niet ingeroepen om een recht of een nieuwen rechtstoestand voor den eischer te scheppen, maar om het recht dat hij beweert te hebben, te erkennen. Doet de rechter dit door den eisch toe te wijzen, dan erkent hij daarmede in den regel het bestaan van het recht op het oogenblik der dagvaarding. De eischer wordt nu op alleszins rechtvaardige wijze gevrijwaard tegen schade, welke zijn recht gedurende den loop van het geding zou kunnen lijden, en de gedaagde belet om, door het geding te rekken, zich zelven voordeel te verschaffen of den eischer nadeel te berokkenen. Ook wordt wel den eischer door het instellen van den eisch het behoud van zijn recht verzekerd, in zoover het onafhankelijk wordt van later opkomende oorzaken van vernietiging. Zie deze gevallen hieronder. Niet tegen alle gevallen van te niet gaan wordt de eischer gevrijwaard. Integendeel. De rechter zal, wanneer de vordering na de dagvaarding te niet ging, buiten de hieronder vermelde gevallen, de vordering moeten afwijzen. Ook daardoor zal de eischer geplaatst worden in dien toestand waarin hij zou geweest zijn als hij op de dagvaarding ware bevredigd. Tot vervulling van eene verplichting waaraan de gedaagde gedurende het geding voldeed kan de rechter dezen niet meer veroordeelen, maar wel tot betaling van vruchten of interessen tot op de voldoening toe. Men verlieze niet uit het oog dat de regel volgens welken de eischer door het vonnis moet geplaatst worden in den toestand, als ware hij op de dagvaarding bevredigd, niet medebrengt dat het vonnis den tijdens de dagvaarding bestaanden rechtstoestand ten grondslag moet hebben, gelijk DE PINTO meent II bl. 489. Er kan zeer wel gelet moeten worden op tenietgaan en ook op het ontstaan van de actie na de dagvaarding. Zie GERRITZEN Acad. Proefschr. over het ontstaan en tenietgaan van de actie gedurende het proces, Leiden, 1892 bl. 96 vv.

De gevolgen, welke wij hier aan de dagvaarding verbonden zullen zien, waren in het R. R. aan de litiscontestatie verbonden. Verg. over dezen overgang VON SAVIGNY, l. c. § 278.

Ik zal nauwelijks behoeven op te merken, dat deze gevolgen aan

de dagvaarding zijn verbonden omdat deze de acte is waarbij in den regel de eisch wordt ingesteld. In de enkele gevallen waarin de eisch bij eene conclusie of verzoekschrift wordt ingesteld zijn aan deze gelijke gevolgen verbonden.

1°. Stuiting der verjaring, zoowel van de verjaring door welke rechtsvorderingen te niet gaan, als van die welke rechten doet verkrijgen en die door niet-gebruik werkt. Art. 2016 B. W.

Het instellen der vordering doet het niet-handelen dat de grondslag der opheffende verjaring is, ophouden. Al wordt gedurende den loop van het proces de termijn van de verjaring gesteld vervuld, bij het instellen der vordering stond zij die vordering niet in den weg. Ook de verjaring om te verkrijgen wordt door de dagvaarding gestuit, al berust zij niet in de eerste plaats op niet-handelen, want ook hier wordt weder het recht des eischers beoordeeld naar den dag der dagvaarding en moet hij in den toestand gebracht worden, waarin hij zou geweest zijn als hij dadelijk was voldaan. Zijn recht wordt daardoor tegen latere oorzaken van tenietgaan behoed. De verweerder mag niet ten koste des eischers bevoordeeld worden door den duur van het geding.

Wat er verder vereischt wordt tot stuiting door dagvaarding heb ik reeds vroeger (I, bl. 255) aangewezen.

2°. Overgang op de erfgenamen van die rechtsvorderingen welke, zoo zij niet waren ingesteld, met den dood van den rechthebbende of van dengene tegen wien zij konden worden ingesteld, zouden vervallen.

Dit denkbeeld wordt in art. 3204 O. 1820 dus uitgedrukt: „Ook doet een begonnen rechtsvordering (liever: het instellen van den eisch) de actie altijd aan en tegen de erfgenamen overgaan, voor zoover de aard der zaak dit gedoogt". Reeds had ik (I, bl. 269 v.) de gelegenheid daarop te wijzen. Zulk eene algemeene bepaling bevat onze wet niet. Maar het beginsel wordt toegepast in art. 313 B. W. jis 311, 312 bij de actie tot ontkenning van een kind aan den man toegekend. Het zal hier evenwel, naar het aangehaalde artikel, niet altijd noodig zijn, dat de man eene dagvaarding deed uitbrengen; ook wanneer hij de ontkenning bij eene buitengerechtelijke acte deed, gaat daardoor

de rechtsvordering op de erfgenamen over. Het beginsel wordt voorts toegepast op de rechtsvordering tot inroeping van staat, art. 325 en 326 B. W.

De rechtsvordering tot herroeping eener schenking wegens ondankbaarheid gaat, volgens art. 1729 B. W., in afwijking van het R. R. (l. 7 C. de revoc. don. 8,55) wel over op de erfgenamen des schenkers, al werd zij door dezen niet ingesteld. De bijvoeging aan het slot van art. 1726 § 2 „ten ware" enz. plaatst de erfgenamen ten aanzien van deze actie in dezelfde verhouding als waarin de erflater stond, en neemt de kracht der voorafgaande woorden: „noch door de erfgenamen van den schenker" weg. Zie uitvoerig bij DEMOLOMBE XX, n°. 681 vv,; anders DIEPHUIS VIII, n°. 170. De bijvoeging vindt hare verklaring in de uitbreiding gegeven aan het geval waarin POTHIER, Don. entre vifs III, 3. § 4, bij uitzondering aan den erfgenaam de bevoegdheid toekende om zelf de rechtsvordering in te stellen. Het beginsel van overgang der vordering op de erfgenamen door hare instelling vindt alzoo in art. 1729 alleen zijne toepassing ten aanzien van de erfgenamen des begiftigde. Het is niet te ontkennen dat art. 1729 ook wel kan worden opgevat in dien zin dat de vordering alleen tegen den begiftigde kan worden ingesteld, zoodat ook de voortzetting tegen de erfgenamen is uitgesloten (zie MARCADÉ, ad art. 957, en vooral DEMOLOMBE t. a. p. n°. 679); doch ik meen het tegendeel te moeten aannemen op grond van de bron der bepaling (POTHIER l. c.) en op grond dat bij 't vaststellen onzer wet dit de algemeene opvatting van art. 957 van den Code was, die onze wetgever heeft gehuldigd door in plaats van het dubbelzinnige „la révocation ne pourra être demandée" te stellen „die rechtsvordering kan niet worden aangelegd".

Dit gevolg der dagvaarding kan naar ons recht niet worden afgeleid uit de nieuwe quasi-contractueele verbintenis welke de romeinsche juristen in de litiscontestatie vonden en waaraan dan ook dit gevolg verbonden werd. Veeleer vindt het zijne verklaring in het straks vooropgestelde beginsel, dat de eischer in dien toestand moet geplaatst worden waarin hij zou geweest zijn, indien de vordering dadelijk ware toegewezen, en de dagvaarding alzoo het recht tegen te niet gaan door latere gebeurtenissen behoedt. Of de wetgever in art. 1729 niet een stap verder had moeten gaan en de vordering ook tegen de erfgenamen des begiftigde had moeten toelaten, al ware zij door den schenker niet ingesteld tegen den begiftigde zelven, is eene vraag die hier niet te

beantwoorden is, doch voor welker bevestigende beantwoording ook art. 1415 B. W. een argument kan opleveren.

Wanneer het Ontwerp 1820 de begonnen rechtsvordering doet overgaan, „voor zooverre de aard der zaak zulks gedoogt", heeft het waarschijnlijk het oog op eene rechtsvordering als die tot echtscheiding, welke vervalt indien een der beide echtgenooten vóór de uitspraak is overleden, art. 275 B. W. Verg. Dl. I bl. 270. De eisch tot scheiding van goederen daarentegen behoort weder tot de zoodanige, welke door de erfgenamen niet ingesteld, maar wel voortgezet kunnen worden. Uit art. 244 § 2 B. W. volgt dat de vrouw door het vonnis in den toestand geplaatst wordt, waarin zij zou geweest zijn, indien de scheiding op den dag der dagvaarding ware uitgesproken. Zie OPZOOMER, aant. op dat art.

3°. De door een der hoofdelijke schuldeischers tegen den schuldenaar ingestelde eisch tot voldoening der schuld b e n e e m t d e n s c h u l d e n a a r d e k e u s o m e e n a n d e r s c h u l d e i s c h e r t e v o l d o e n, art. 1315 B. W.

Dit gevolg is aan de beide vorafgaande verwant in zooverre ook hier de daadwerkelijke uitoefening van het recht door het instellen der actie den als eischer optredenden schuldeischer tegen eene anders ook aan een ander mogelijke betaling zeker stelt.

4°. W a n n e e r de bevoegdheid bestaat om tusschen meer rechtsvorderingen te kiezen met dien verstande dat d e g e d a n e k e u s d e b e v o e g d h e i d t o t h e t i n s t e l l e n d e r n i e t g e k o z e n e r e c h t s v o r d e r i n g d o e t v e r v a l l e n, is dit het gevolg aan het instellen van een der actiën en alzoo aan de daartoe strekkende dagvaarding verbonden.

Toepassing van dit gevolg wordt gevonden in de volgende gevallen.

a. „De echtgenoot, welke eene rechtsvordering tot scheiding van tafel en bed heeft aangevangen, is niet ontvankelijk om uit hoofde van dezelfde oorzaak echtscheiding te vragen", art. 290 B. W.

Volgens art. 826 in verband met 816 B. R. is de echtgenoot die een eisch tot scheiding van tafel en bed w i l d o e n, verplicht daartoe verlof te vragen en wanneer de president der rechtbank de echtgenooten niet heeft kunnen vereenigen, verleent hij volgens art. 821 aan

den eischer verlof om bij gewone dagvaarding den eisch tot scheiding van tafel en bed in te stellen. Hieruit volgt dat de keuze eerst volbracht is door de dagvaarding, en terwijl het aanvangen van de rechtsvordering tot scheiding van tafel en bed de niet-ontvankelijkheid van den eisch tot echtscheiding medebrengt, kan deze niet ontgaan worden door intrekking der uitgebrachte dagvaarding of afstand van de instantie.

Op grond van eene nieuwe oorzaak kan de echtscheiding wel gevraagd worden, ook dan wanneer op de eerst ingestelde vordering de scheiding van tafel en bed werd uitgesproken.

Er is hierbij geen sprake van een electieven concursus. De wetgever heeft de bepaling eenig en alleen gemaakt in odium divortii. Hij heeft niet gewild dat echtscheiding zou gevorderd worden door hem die, door het instellen van den eisch tot scheiding van tafel en bed, deed blijken dat deze laatste reeds aan zijne gekrenkte rechten voldoening zou geven. Waar hij het zachter middel koos, moest hij niet tot het strengere terugkeeren dat de wetgever niet dan noode wil toegepast zien. Zie over een en ander uitvoeriger ontwikkeling in mijn opstel over art. 290 B. W. in Nieuwe Bijdragen XVIII (1868) bl. 569.

b. „Die eene rechtsvordering over het recht tot de zaak heeft ingesteld, is niet meer ontvankelijk tot het instellen eener rechtsvordering over het bezitrecht" art. 131 B. R.

Dit geval van electieven concursus vermeldde ik I bl. 266 j^{0}. 268. Zie ook ald. bl. 248 v.

c. De houder van een wisselbrief, die van nonbetaling is geprotesteerd, heeft wel de keus om trekker en endossanten gezamenlijk of afzonderlijk in rechte aan te spreken tot vergoeding, doch indien hij den trekker alleen aanspreekt, zijn al de endossanten bevrijd en indien hij een der endossanten aanspreekt, zijn de latere endossanten bevrijd. Art. 186 K.

Dit is een bijzonder geval, ten gevolge van de bepaling der wet, waarover Dl. I bl. 266. Over de vermeende billijkheid van het voorschrift, verg. Mr. LAND, Beginselen van het hedend. wisselrecht § 50.

In het algemeen verwerkt een schuldeischer zijn actie niet tegen zijne hoofdelijke voor het geheel verbonden schuldenaren door een hunner aan te spreken, maar eerst door de bevrediging welke hij van een hunner ontvangt, art. 1320, 1326, 1316 B. W., 136 Faillissementswet. Verg. I bl. 267.

Aanm. Bij alternatieve verbintenissen waarbij de keuze aan den

schuldeischer is toegekend, doet deze wel een keuze bij het instellen der vordering van eene der praestatiën. Doch deze keus is niet onherroepelijk want de dagvaarding kan buiten toestemming van den gedaagde tot aan het antwoord worden ingetrokken.

Bij verbintenissen met strafbepaling zal de vordering van de straf wel medebrengen dat de schuldeischer van die tot nakoming afziet.

5°. De bezitter te goeder trouw is verplicht om voor het behoud der zaak die van hem met eene zakelijke rechtsvordering of met die tot uitkeering der erfenis wordt opgevorderd als een goed huisvader te zorgen; bij gebreke daarvan is hij tot vergoeding van kosten, schaden en interessen gehouden. Hij is zelfs aansprakelijk voor toeval, tenzij hij kunne bewijzen dat dit toeval de zaak ook bij den eigenaar zou getroffen hebben.

De aansprakelijkheid voor schuld is het gevolg van het beginsel dat de eischer, die zijn proces wint, in dien toestand moet geplaatst worden, waarin hij bij de onmiddellijke voldoening aan den eisch zou geweest zijn. Zij volgt ook uit art. 629 B. W. (dat aan den eigenaar de bevoegdheid toekent om de zaak terug te vorderen in den staat waarin zij zich (op den dag der dagvaarding) bevindt. — Art. 881, § 3 maakt deze bepaling op de vordering tot uitkeering der erfenis toepasselijk; voor den vruchtgebruiker, gebruiker en bewoner geldt zij ook door art. 828, doch dezelfde bevoegdheid komt uit den aard der zaak of door analogie eveneens aan den erfpachter en opsteller toe. De bezitter t. g. t. wordt, door de tot op de dagvaarding terugwerkende veroordeeling, jegens den eigenaar persoonlijk verbonden tot oplevering der zaak. Op hem is alzoo toepasselijk de regel voor verbintenissen om iets te geven, gesteld in art. 1271 en 1272 B. W.

Er is hier alleen sprake van den bezitter te goeder trouw, omdat de aansprakelijkheid van den bezitter te kwader trouw reeds met zijne kwade trouw aanvangt. Zie art. 634 n°. 2. B. W. Ofschoon nu de aangewezen aansprakelijkheid van den bezitter t. g. t. formeel uit deze bepaling in verband met art. 588 § 2 voortvloeit, waren die bepalingen daartoe niet noodzakelijk, zooals uit het hierboven gezegde volgt. Ook wordt den derden bezitter tegenover den hypothecairen schuldeischer in art. 1251 dezelfde verplichting opgelegd, zonder onderscheid tusschen goede en kwade trouw, dewijl het bestaan van het recht van hypotheek bij hem als bekend moet voorondersteld worden.

De aansprakelijkheid voor toeval vloeit voort uit art. 634, n°. 3, in verband met art. 588 § 2, volgens hetwelk de bezitter geacht wordt te kwader trouw te zijn van het oogenblik dat een rechtsvordering als de hier bedoelde tegen hem wordt ingesteld, indien het geding te zijnen nadeele beslist wordt. De wetgever doet wèl met te zeggen dat de bezitter geacht wordt te kwader trouw te zijn; hij wijst daarmede op eene gelijkstelling in de gevolgen, niet in den toestand zelven. Want de dagvaarding, welke den verweerder bekend maakt dat een ander eigenaar van de zaak beweert te zijn, behoeft hem volstrekt niet de overtuiging te ontnemen, dat hij zelf eigenaar van de zaak is geworden. En zelfs als het geding te zijnen nadeele beslist wordt, kan hij, niettegenstaande het „res iudicata pro veritate habetur" ten onrechte veroordeeld zijn, althans tot op dien tijd goede gronden voor zijne meening gehad hebben. De dagvaarding maakt den toestand des bezitters onzeker; hij heeft zich het mogelijke geval van veroordeeling voor te stellen en dat hij voor schuld aansprakelijk wordt, even als de bezitter t. k. t., dit is volkomen gerechtvaardigd. Maar hiervoor was geene gelijkstelling met den bezitter t. k. t., ook niet in de gevolgen, noodig. Het ware wenschelijk geweest dat de wetgever, die zich in zijne bepaling beter uitdrukte dan de romeinsche jurist aan wien hij zijn voorschrift ontleende („post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessoren esse imo post controversiam motam" l. 25, § 7 de H. P. 5, 3; l. 20, § 11 eod.), in het wezen der zaak ware doorgedrongen en niet hadde voorbijgezien, dat de romeinsche juristen zelfs geene gelijkstelling in de gevolgen aannamen en het recht des bezitters om zich te verdedigen bleven erkennen zonder dat hij daardoor de aansprakelijkheid voor toeval op zich nam. „Non debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere". l. 40 pr. de H. P.; l. 16 pr., l. 21 l. 27 § 1 de R. V. 6, 1. Doch die betere opvatting van het R. R. werd eerst door de latere uitleggers algemeen als zoodanig erkend, al wees reeds de glosse op dit verschilpunt en al ontging het ook Donellus niet. (Cf. Goudsmit, I, bl. 264 n[t]. 4 en Opzoomer op art. 588). De wetgever volgde wat men voor zijn tijd eene recepta sententia kon noemen op het voorbeeld van het Ontwerp 1820, art. 1120, 1125 en 1126 n°. 1. Men verlieze daarbij echter niet uit het oog de beperking in den tekst hierboven vermeld: „tenzij hij kunne bewijzen" enz., wat althans, waar het onroerende goederen geldt, in den regel wel zal aangaan.

Bij de aansprakelijkheid voor toeval heb ik ook alleen van den bezitter t. g. t. gesproken, omdat die t. k. t. ook daarvoor van zijn bezit af aansprakelijk is; ook deze bepaling is aan de vroegere opvatting van het romeinsche recht ontleend. Latere uitleggers doen deze aansprakelijkheid van den m. f. possessor eerst met het instellen der rechtsvordering aanvangen. Zie UNGER, § 128, n^{t}. 22.

6°. De bezitter te goeder trouw is, indien hij op de tegen hem ingestelde zakelijke rechtsvordering of op die tot uitkeering der erfenis, veroordeeld wordt, verplicht de zaak op te leveren in den staat, waarin zij zich bij het instellen der rechtsvordering bevindt, alzoo met alles wat daartoe naar dat tijdstip behoort, inzonderheid de vermeerdering door aanwas en de door hem genoten vruchten.

Uit de verplichting tot oplevering der zaak „in den toestand waarin zij zich bevindt" bij art. 629 B. W. den bezitter opgelegd, volgt niet alleen de straks daaruit afgeleide aansprakelijkheid voor schuld, maar bepaaldelijk wordt daarmede uitgedrukt wat de Romeinen onder omnis causa verstonden. De verplichting tot teruggave van vruchten en de vergoeding van kosten in art. 630 vv. bevat eene nadere regeling van die oplevering van de zaak zooals zij zich bevindt. „Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, et usucapionis et fructuum". l. 35 de V. S. l. 75 eod.

Van den bezitter te goeder trouw is ook hier alleen sprake, omdat de verplichting van dien te kwader trouw reeds vroeger bestaat en onafhankelijk van de dagvaarding is.

Naar de bepaling van art. 588, § 2, zou de bezitter t. g. t. na de dagvaarding met dien t. k. t. moeten gelijkstaan en derhalve ook tot teruggave van verzuimde vruchten gehouden moeten zijn, art. 634 n°. 1. Intusschen is dit het geval niet, want art. 630, dat ten aanzien van de vruchten eene bijzondere bepaling maakt voor den bezitter t. g. t. en hem daar uitdrukkelijk de verplichting tot teruggave van na de dagvaarding genoten vruchten oplegt, sluit de toepassing van art. 634, n°. 1 uit. Het R. R. bracht evenwel ook uitkeering van deze vruchten ten laste van den bezitter t. g. t. met dit onderscheid, volgens velen, dat daarbij niet gevraagd werd welke vruchten de eigenaar, maar welke hij, bezitter, had

kunnen genieten. (UNGER, I, § 56 n[t]. 27, II, § 128 n[t]. 33; GOUDSMIT, bl. 266 n[t]. 2). Ook in deze afwijking van het R. R. volgde de wetgever het voorbeeld van het Ontwerp 1820, art. 1125 § 1 en 1126 2°. Evenzoo het Alg. Preuss. Landrecht, 1, 7 § 299. Zie VON SAVIGNY, VI, bl, 120.

Onder genoten vruchten zijn, naar ons recht, de van den grond gescheiden vruchten begrepen. De vóór de rechtsvordering afgescheiden vruchten blijven dus aan den bezitter t. g. t., gelijk hij de nà de rechtsvordering afgescheidene behoort terugtegeven. Zie art. 630 j°. 631.

Het recht op uitkeering van vruchten geldt behalve voor den eigenaar ook voor den vruchtgebruiker, gebruiker of bewoner, voor den opsteller en erfpachter, wanneer zij hun recht tegen derde bezitters doen gelden, en door de bepaling van art. 881 ook voor den erfgenaam, voor dezen laatste met afwijking van 't R. R. l. 40 § 1 de H. P. 5, 3, Zie voorts art. 974 B. W.

Bij de toepassing van het gezegde op burgerlijke vruchten zal, volgens art. 557 B. W., de opeischbaarheid de vraag beslissen of de vruchten als genoten, d. i. van de zaak gescheiden, zijn te beschouwen.

7°. Bij persoonlijke vorderingen zijn ook vruchten, zoo natuurlijke als burgerlijke, van den dag der dagvaarding door den veroordeelden gedaagde verschuldigd, indien hij niet reeds vroeger in gebreke was. Ook voor toeval wordt hij na de dagvaarding aansprakelijk.

Ook dit gevolg der dagvaarding met opzicht tot de vruchten en interessen vloeit noodzakelijk voort uit den regel, welke aan het vonnis, in den bovenbedoelden zin, terugwerkende kracht toekent tot op de dagvaarding. De wetgever maakt er de toepassing van in art. 1006 B. W. bij den eisch tot uitkeering van zuivere legaten, indien deze later dan een jaar na het overlijden wordt ingesteld. Voorts in art. 1728, alwaar ook in de bepaling omtrent de teruggave van de waarde der vervreemde zaak duidelijk de toepassing uitkomt van het beginsel om den eischer te plaatsen in den toestand, waarin hij, bij toewijzing van den eisch op den dag der dagvaarding, zou geweest zijn.

Komen hier alleen genotene of ook verzuimde vruchten in aanmerking? De bepaling omtrent den bezitter t. g. t. kan, dunkt mij, niet bij analogie worden toegepast, omdat zij inderdaad eene af-

wijking van het straks vermelde beginsel bevat. Is dit zoo dan staat aan de bevestigende beantwoording der vraag niets in den weg. Brengt nu de zaak, in den toestand waarin zij zich bevindt, geen vruchten voort, dan kan dit den gedaagde eerst dan bevrijden van zijne verplichting tot uitkeering en vergoeding, indien hij die zaak ook geene vruchten had kunnen doen opbrengen, zooals het geval is wanneer hij tot uitkeering van bepaalde geldstukken werd aangesproken, niet als van hem eene geldsom gevorderd werd. Naar dit beginsel behoort m. i. de over art. 1006 gevoerde strijd beslist te worden. Zie met opzicht tot dien strijd, Rechtsg. Adviezen II bl. 90, Themis VIII (1846); bl. 131, Weekbl. v. h. R. n°. 961; Opm. en Med. 1850, bl. 66 en 71; v. D. HOEVEN en DE VRIES, Rechtsg. Opstellen I, bl. 1, e. a. aangehaald bij DIEPHUIS Systeem VIII, bl. 441. v. Voorts MR. G. F. M. PATHUIS CREMERS Acad. Proefschr. over vruchten en interessen van legaten, Leiden 1880. Boven de bepaling van art. 1006 verdienden de artt. 1893 en 1894 O. 1820 de voorkeur.

Indien hij niet reeds vroeger in gebreke ware. Is dit het geval, dan zijn de vruchten het gevolg van de mora; is de mora het gevolg van de dagvaarding, dan valt haar gevolg met dat der dagvaarding samen.

Bij vorderingen van geldsommen komt dit eigenaardige voor, dat de interessen in den regel niet vóór de dagvaarding loopen, al ware de gedaagde op andere wijze reeds in gebreke. De dagvaarding moet interessen verschuldigd doen zijn ook zonder dat de gedaagde in mora is, omdat de eischer in den toestand moet geplaatst worden, waarin hij op het oogenblik der dagvaarding zou geweest zijn. Wat in zoodanig geval processueele interessen zouden moeten heeten, wordt, door de bijzondere bepaling van art. 1286 B. W., als moratoire interessen verschuldigd geacht; cf. MOM VISCH N. Bijdr. XIV. (1864) bl. 587 v. v. De bepaling onzer wet is uit art. 1153 C. C. overgenomen en schijnt wel, wat betreft het niet loopen van interessen, ook in geval van mora vóór de dagvaarding, een uitvloeisel te zijn van het verouderd verbod van leenen op interest, dat zeker, als eene eenvoudige sommatie ze deed loopen, zeer gemakkelijk te ontduiken ware, ja zelfs, waar eene dagvaarding gevorderd werd, ontdoken kon worden. Cf. MERLIN, Rép. v. interêts, § IV, n°. XI; GRATAMA, t. a. p., bl. 306. Wellicht heeft de wet-

gever voor het behoud der bepaling eene reden gehad, als aangegeven wordt door DEMOLOMBE, XXIV, n°. 625, dat nl. de schuldeischer duidelijk en ondubbelzinnig den wil om interessen te bekomen deed kennen, en zulks in het belang van den schuldenaar. Zeker is het, dat de fransche wetgever, bij het vaststellen dezer bepaling wel aan het oude verbod van interessen dacht (LOCRÉ XII p. 332), doch niet onwaarschijnlijk is het dat hij in deze bepaling geen gevolg van dat verbod heeft gezien, maar eenvoudig de bepaling volgde van art. 60 der ordonnantie van 1560, ofschoon deze niet algemeen werd inachtgenomen en POTHIER Oblig. n°. 170 de interessen van af de „mise en demeure" laat loopen. Zie ook met opzicht tot beperking van interessen, art. 1287, 1806 en 2012, en hierboven I, bl. 254.

Aanmaning of bevel is bij uitzondering voldoende voor het door den minderjarige aan den voogd verschuldigde, (art. 471 B. W.) Eene aanmaning doet de interessen loopen van in bewaring gegeven geldsommen, art. 1755, § 2, en van het slot van rekening door een lasthebber verschuldigd, art. 1842 B. W.

Bij van nonbetaling geprotesteerde wisselbrieven loopen de interessen van de hoofdsom van den dag van het protest, art. 195 K.; de interessen van de protestkosten, van den herwissel en andere wettige onkosten, van den dag der dagvaarding, art. 196 K.

De eisch tot betaling van interessen tegen een der hoofdelijke schuldenaren ingesteld, maakt dat de interessen ook loopen ten aanzien van alle overigen, art. 1322 B. W. Dit is alzoo ook een gevolg van de dagvaarding.

Voor toeval wordt de schuldenaar aansprakelijk zoodra hij in gebreke is. „Mora perpetuat obligationem", art. 1273, behoudens de bepaling van art. 1480 § 2. Deze aansprakelijkheid ontstaat in zoover door de dagvaarding als daarin eene ingebrekestelling ligt, welker gevolgen de gedaagde niet kan afwenden, al mocht hij kunnen bewijzen dat hij, te goeder trouw geloovende niet schuldig te zijn of eene gegronde exceptie te hebben, zich tegen de vordering verdedigde. Hierop wordt in ons recht geen acht geslagen en wij kunnen niet met de romeinsche juristen zeggen: „qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere", 1. 63 de R. J., 1. 24 pr. de usuris 22, 1, l. 3 pr., l, 21, l. 22, l. 47 eod. Evenmin wordt op die verontschuldiging gelet bij de mora als, bij de aansprakelijkheid

voor toeval van den tot oplevering aangesproken bezitter te goeder trouw, op diens goede trouw in de aanvaarding van den strijd gelet wordt. Over dit punt vooral Mr. MOM VISCH in de beoordeeling van KNOTTENBELT's proefschrift, over de mora van den schuldenaar, N. Bijdragen XIV, (1864) bl. 582—591.

Tot de materiëele gevolgen van de dagvaarding behoort:

8°. het onder de formeele gevolgen onder 5°. behandelde, hetwelk met de hier behandelde materiëele gevolgen tot hetzelfde beginsel kan worden teruggebracht.

Het formeele gevolg daarin bestaande, dat de dagvaarding het geding aanhangig maakt, heeft voor het materiëele recht weder ten gevolge:

9°. de onbevoegdheid van sommige personen om den eigendom te verkrijgen van de zaak, die het voorwerp van het geschil uitmaakt.

Hierop wees ik reeds bij de behandeling van de formeele gevolgen onder 2°.

AFDEELING II.

DE VERWERING EN DE DAARUIT ONTSTAANDE STRIJD.

§ 61. INLEIDENDE BESCHOUWING.

Hoe het geschil een geding wordt.

Wanneer de gedaagde op de dagvaarding verschijnt en zich tegen den ingestelden eisch of tegen den aanleg verdedigt, dan ontstaat er een strijd, waartoe het instellen van den eisch en alzoo de dagvaarding de naaste aanleiding gaf en waarvan zij nu de eerste handeling blijkt te zijn. Het geschil wordt dan een geding.

Niet altijd behoeft dit het geval te zijn. De gedaagde kan toegeven door aan den eisch te voldoen, de ingestelde eisch kan leiden tot eene dading, de eischer kan de dagvaarding intrekken of van den eisch afstand doen. In al deze gevallen wordt de strijd voorkomen.

Wanneer de gedaagde op de dagvaarding verschijnende het door

den eischer beweerde recht erkent en dientengevolge in den eisch berust dan valt ook de strijd weg. Doch, al kan dan het geding op eene zeer eenvoudige wijze afloopen, de vorm voor het gedingvoeren voorgeschreven, moet toch ook hier in achtgenomen worden en de rechter wijst een vonnis, als ware er door partijen gestreden. Formeel ontstaat dus ook hier een geding. Wat daarbij eigenaardigs voorkomt, valt niet hier maar bij de bekentenis als bewijsmiddel te behandelen.

Ook maakt eene exceptieve verdediging, welke met de principale vereenigd wordt, geene verandering in de vormen van het geding. En daar deze vereeniging in den regel moet plaats hebben op straffe van verval der exceptie, kan het afzonderlijk voorstellen eener exceptie tot een incident alleen aanleiding geven in de gevallen, waarin dat afzonderlijk voorstellen bij uitzondering geoorloofd is.

De eenvoudigste loop van het geding onderstelt alzoo, dat òf het beweerde recht in den gerichte wordt erkend, òf — en dit vooral — dat de eisch met eene exceptieve of principale verdediging, wordt bejegend, welke tot geene geschillen over het bewijs aanleiding geeft. Die eenvoudigste loop van het geding is zeker niet de meest gewone maar de duidelijkheid wordt er door bevorderd, wanneer wij aanvangen met daarvan een overzicht te geven.

In dien zin spreken wij dan hier van den vorm, waarin de verdediging wordt voorgedragen en den daaruit ontstanen strijd, den vorm alzoo waarin het geding wordt gevoerd, m. a w., hoe de verwering plaats heeft en de zaak voldongen wordt. Van voldingen kan men ook spreken waar werkelijk geen strijd maar wel, althans formeel, een geding wordt gevoerd.

En zoo zal er ook een geding ontstaan, al verschijnt de gedaagde niet, dewijl ook dan tegen hem wordt voortgeprocedeerd en een vonnis (bij verstek) kan worden verkregen.

Vooraf moeten evenwel nog worden besproken die handelingen, welke tot de verschijning der partijen voor den rechter noodig zijn en tot voorbereiding van den strijd vereischt worden.

Ik begin met de procedure bij de colleges en behandel in afzonderlijke §§: de voorbereidende handelingen (§ 62), de onderscheiding der zaken met betrekking tot hare behandeling (§ 63), de verwering en den strijd (§ 64), de gevolgen van het antwoord (§ 65). Over de pro-

cedure bij de Kantongerechten volgt eene afzonderlijke § 67, nadat nog in § 66 over het kort geding gehandeld is.

Het geding bij verstek zal door mij in verband met het vonnis bij verstek in § 72 besproken worden.

§ 62. VOORBEREIDENDE HANDELINGEN.

I. Van de zijde des eischers wordt de verschijning van partijen voor den rechter voorbereid door de vervulling van de aan zijn procureur opgelegde verplichting om zorg te dragen, dat de zaak op den behoorlijken tijd ingeschreven worde op de rol van het college, hetwelk van de zaak moet kennis nemen.

Inschrijving op de rol.

Deze verplichting was aanvankelijk aan den procureur des eischers opgelegd bij art. 37 van het reglement n°. 1 doch de bepaling werd bij de herziening van 1896, op voorbeeld van het Ontwerp 1865, in de wet opgenomen (art. 135). En de zorg voor de inschrijving blijft eene verplichting voor den procureur des eischers ook indien de verzoeker den termijn heeft vervroegd.

Volgens het aangehaalde reglement (art. 35) wordt ter griffie van ieder college een register of algemeene rol gehouden, waarop de zaken (burgerlijke en handelszaken) gebracht worden. Is het college in meer kamers verdeeld, (zie art. 77, en 89, dan wordt voor iedere kamer eene rol gehouden en de zaken worden aangebracht bij de kamer daartoe aan te wijzen bij het in art. 90 van het reglement bedoelde reglement van orde en worden, voorzoover de behandeling op den eersten dienenden dag niet afloopt, door den President dier Kamer tusschen de verschillende kamers verdeeld. Dit is evenwel niet toepasselijk op zaken voor welke de wet dagvaarding op de eerstkomende terechtzitting voorschrijft. Art. 36 Regl. I in verband met K. B. 14 December 1886 n°. 200.

Wanneer de zaken in dien staat zijn dat zij kunnen worden voorgedragen, geschiedt dit in den rang, waarin zij op de rol voorkomen; daartoe wordt aan iedere zaak een nommer gegeven. De rechter is bevoegd voor handelszaken eene uitzondering te maken en de behandeling daarvan, op verzoek van eene der partijen, aan die van andere zaken te laten voorafgaan, art. 300 B. R.

Die rol en hare strekking om iedere zaak op hare beurt te doen

behandelen is eene oude instelling, („Son jour garder en cour est comparoir au jour assigné, et après la présentation faite attendre, qu'on soit appellé au roolle ou au tour de papier en cour". BOUTELLIER Somme rural tit. VI, p. 35), al is die rol papier een register geworden.

Intusschen is die instelling niet altijd aan haar doel blijven beantworden. De procureur des eischers geeft de zaak aan den griffier ter plaatsing op de rol op door aanduiding van het onderwerp met de namen van partijen en hare procureurs, (art. 35 cit.). Hij doet dit schriftelijk doch zonder aan eenen bepaalden vorm gebonden te zijn. Dat schriftelijk stuk heet nog in de praktijk het p l a c e t. Bij ons even goed als in Frankrijk niettegenstaande de fransche wet van 3 Ventôse VII op de griffierechten, in overeenstemming met de wet van Augustus 1790 art. 18, tit. II, uitdrukkelijk bepaalde: „L'usage des p l a c e t s pour appeler les causes est interdit; elles ne peuvent l'être que sur les rôles dans l'ordre du placement". Dit verklaart zich hieruit dat de naam bleef, terwijl de zaak veranderde. Een p l a c e t hield in een v e r z o e k om audientie bij den rechter, welke dan, bij gunst, boven andere zich vroeger aangemeld hebbende partijen verleend werd. Het was een misbruik, dat in strijd met de oude ordonnantiën (reeds die van 1344) was ingeslopen en dat in 't laatst der vorige eeuw werd afgeschaft. Het z. g. p l a c e t bevat dan nu ook niets anders dan eene opgave van hetgeen hierboven werd aangegeven. Zie BONCENNE II, p. 295.

In art. 135 wordt nu bepaald dat de procureur de eischers de zaak doet inschrijven, alzoo den griffier daartoe in de gelegenheid stelt niet later dan daags vóór dat de zaak moet dienen en in de zaken, waarin de dagvaarding op korten termijn gedaan is, en hij dientengevolge niet in staat is aan dit voorschrift te voldoen, zoo spoedig mogelijk. Als de procureur later komt, doch niet te laat, zoodat er nog eene inschrijving kan plaats hebben, zal de griffier die m. i. niet behoeven te weigeren, doch over eene weigering zal de procureur zich niet kunnen beklagen. Hij zou daardoor alleen zijn eigen verzuim aan het licht brengen. Verg. art 28, reglement n°. 3.

De vermelde bepalingen van het reglement n°. 1, ook die later bij ons in de wet zijn opgenomen, werden hoofdzakelijk ontleend aan het fr. decreet van 30 Maart 1808, art. 55 vv. Zie ook over het brengen van de zaken op de rollen bij het Hof en den H. Raad in Holland V. D. LINDEN, Jud. Pract. I, bl. 140 v. Het placet heet daar p r e s e n t a t i e. Verg. BOUTELLIER hierboven aangeh.

Dat de zaak niet door de inschrijving op de rol maar door de dagvaarding bij den rechter wordt aanhangig gemaakt wees ik hierboven bl. 71 aan.

Wanneer de verweerder van de bevoegdheid heeft gebruik gemaakt om den termijn waarop hij gedagvaard werd te verkorten, behoort niettemin de procureur des eischers voor de inschrijving op den behoorlijken tijd zorg te dragen, art. 135 § 1.

Procureurstelling van gedaagde.

II. Van de zijde des gedaagde is voor zijne verschijning noodig, dat hij procureur stelle. Artt. 137 en 136.

Dit is wederom een gevolg van de verplichte vertegenwoordiging I § 22; de gedaagde verschijnt niet als hij geen procureur heeft gesteld, al kwam hij zelf werkelijk voor den rechter. En de eens gestelde procureurs, zoowel die van den eischer als die van den gedaagde, blijven in het geding optreden, al waren zij herroepen en al ware die herroeping aan de tegenpartij bekend gemaakt, (verg. art. 1852 B. W.), zoolang geen ander procureur in de plaats des herroepenen is gesteld. „Het rechtsgeding blijft", zegt art. 146, (oud 136) „voortgaan op naam des eerstgestelden", of, gelijk art. 75 C. de Pr. het, door de aanwijzing van het gevolg, nog duidelijker uitdrukt: „les procédures faites et jugements obtenus contre l'avoué révoqué et non remplacé seront valables". Anders is het als de gestelde procureur sterft of zijne betrekking verliest. Dit kan althans aanleiding geven tot schorsing van het geding, art. 254 n°. 4 en 255 § 3. Dl. III. § 89. En wanneer de procureur zelf bij aan de wederpartij beteekend exploit of ter terechtzitting heeft aangezegd dat hij zich aan de verdere behandeling der zaak onttrekt? Dan kan hij door de wederpartij ook niet langer als procureur van de partij beschouwd worden en zal deze laatste voor het stellen van een ander moeten zorgen. De in art. 417 erkende bevoegdheid van den advocaat om zijn dienst op te zeggen, kan ook aan den procureur in eersten aanleg niet geacht worden ontnomen te zijn. Verg. Dl. V. bl. 267, 268.

Ook de gedaagde wordt geacht voor het geding woonplaats te hebben gekozen bij den procureur.

De procureur van den verweerder heeft niet voor de inschrijving van de zaak op de rol te zorgen, daar dit, gelijk ik straks opmerkte ook dan aan den procureur des eischers is opgedragen waarin de verweerder den dag der verschijning vervroegt. Mocht evenwel de

procureur des eischers de inschrijving hebben verzuimd en acht de procureur des verweerders het in zijn belang dat de zaak niettemin ter terechtzitting worde opgeroepen, dan is hij bevoegd, onder overlegging van de dagvaarding, en van de oproeping bij anticipatie, zoo die heeft plaats gehad, de inschrijving van de zaak op de rol te doen plaats hebben ter terechtzitting, art. 139 § 1. (1896).

Hoe? De procureur-stelling geschiedt door eene verklaring van den procureur die voor den verweerder optreedt bij de oproeping der zaak ter terechtzitting. Eene aan den procureur des eischers beteekende akte komt dan alleen te pas, wanneer de verweerder dien tegen een vroegeren rechtdag dan den in de dagvaarding aangewezenen doet oproepen. Art. 137 § 1, 136.

De bij anticipatie beteekende acte bevat wat die procureurstelling betreft niet anders dan de verklaring van den door den gedaagde gestelden procureur aan dien des eischers, dat hij zich procureur stelt.

Naar de wet van 1838 kon de procureurstelling alleen in zaken waarin op korten termijn was gedagvaard, ter terechtzitting plaats hebben. Buiten dat geval moest zij geschieden bij eene beteekende acte van procureur tot procureur. Dit is nu uitzondering geworden voor het geval van anticipatie. In het Ontwerp van 1865 werd bij art. 14 van tit. I. B. II. de procureurstelling ter terechtzitting tot algemeenen regel gemaakt. Zie de toel. op Tit. I, sub. IV. Bij de schriftelijke en mondelinge gedachtenwisseling over de voorstellen tot herziening, in 1895, heeft deze wijziging in de bestaande wet tot uitvoerige behandeling aanleiding gegeven. Zie bij BELINFANTE I blz. 32, 89, II bl. 52 vv, III. bl. 97, 125. Daarover v. ROSSEM op art. 137.

Wanneer een procureur gesteld wordt in de plaats van een ander welken de partij heeft herroepen of die zich aan de verdere behandeling der zaak heeft onttrokken, kan dit bezwaarlijk ter terechtzitting geschieden noch bij eene beteekende acte, omdat art. 135 en 136 in andere gevallen voorzien. Maar er kan, dunkt mij, geen bezwaar bestaan dat de bepaling van art. 417, welke eene nadere regeling voor het geding in cassatie bevat, hier bij analogie worden toegepast. Immers daar wordt in een geheel analoog geval het gebruik maken van dezelfde bevoegdheid, als het hier geldt, ge-

regeld. Het ware gemakkelijk geweest, als men aan art. 417 gedacht had, dit in verband met de hier in het proces overeenkomstig art. 408 gebrachte wijziging, voor den eersten aanleg pasklaar te maken. Dit zou eene nog meer noodzakelijke bepaling zijn geweest dan die welke wij thans in art. 137 § 2 aantreffen, dat van de verklaring van den procureur des verweerders ten aanzien van zijn optreden als zoodanig in het audientieblad („zittingblad" zegt art. 408 § 2) aanteekening geschiedt. Het zittingblad is van zelf voor de aanteekening van wat er op de zitting voorvalt bestemd. De nieuwe procureurstelling zal alzoo bij deurwaardersexploit ten verzoeke van de partij aan de wederpartij, aan de door deze gekozen woonplaats, moeten worden beteekend.

De acte waarbij tengevolge van anticipatie procureur wordt gesteld, is naar de beschrijving daarvan bij art. 136 gegeven, eene acte van procureur tot procureur, welker beteekening bij art. 6 Regl. n°. 4, aan de eerste deurwaarders wordt opgedragen.

Zulk een acte van beteekening van den deurwaarder is niet aan de formaliteiten voor exploiten vastgesteld onderworpen. Zij houdt niet anders in dan de verklaring des deurwaarders dat hij het afschrift der acte, waarop hij zijne verklaring stelt, aan den anderen procureur heeft beteekend. Daaruit verklaart BONCENNE II p. 265 de benaming van eenvoudige acte en doet hij deze benaming terugslaan op de acte van beteekening des deurwaarders. Intusschen gaf art. 135 den naam van een eenvoudige acte aan de acte van den procureur, alzoo aan dat stuk, hetwelk door den deurwaarder beteekend wordt. Het tegenwoordig art. 136 laat die qualificatie zelfs geheel weg. Toch zal deze acte wel zijn blijven behooren tot die eenvoudige acten waarop gedoeld wordt in de bepalingen van het Tarief, art. 43 *n* en *o*.

Deze beteekeningen van de acten van procureur tot procureur welke met die acten op hetzelfde gezegeld papier worden geplaatst (art. 7 n°. 4 Wet 1843 n°. 47) zijn aan een recht van registratie van dertig centen onderworpen. Art 15 Wet van 27 Ventôse IX; art. 11 wet 1824 n°. 36; art. 19 wet 1882 n°. 92.

Het fransche Ontwerp van 1886 schaft die beteekeningen van procureur tot procureur af, en behoudt de tusschenkomst van den deurwaarder alleen voor het geval dat een procureur weigert of in de onmogelijkheid is de stukken te ontvangen. „Cette intervention ne donne aucune garantie qui ne puisse être trouvée dans une

forme plus simple. L'avoué n'est il pas un officier public? Pourquoi les actes ne lui seraient-ils pas signifiés simplement sous forme d'une remise directe de la main à la main, remise qui serait constatée par un récipissé daté, signé de lui? Zal deze vereenvoudiging bij ons niet toegepast kunnen worden, nu de procureur geen „officier public" meer is? Waarin ligt thans de reden hunner bijzondere betrouwbaarheid?

Bij de procureurstelling voor gezamenlijke erfgenamen die, overeenkomstig art. 4 n°. 6 zijn gedagvaard, moeten hunne individueele namen en woonplaatsen worden opgegeven. Dus laatstelijk Rechtb. Amsterdam 28 October 1890 W. 5977. Zie v. ROSSEM I bl. 22. Hier krijgt de in art. 137 § 2 bevolen aanteekening in het zittingblad een bijzonder belang.

§ 63. ONDERSCHEIDING DER ZAKEN MET BETREKKING TOT HARE BEHANDELING.

Mondeling; schriftelijk.

Voortgaande in de vooronderstelling dat de gedaagde verschijnt, en dat alzoo op tegenspraak zal worden recht gedaan, hebben wij te letten op de tweeledige onderscheiding der zaken wat de wijze betreft waarop zij worden behandeld om de uitspraak des rechters voor te bereiden.

De wet kent nl. de mondelinge en de schriftelijke behandeling.

Van groot gewicht is deze onderscheiding niet. Reeds vroeger, § 14, hebben wij toch de openbaarheid van de terechtzittingen besproken als een der waarborgen voor eene onpartijdige en onvertogen rechtspraak bij de Grondwet zelve bevolen, art. 161 Gw. En daar het duidelijk is dat die openbaarheid der terechtzittingen, wat de behandeling der zaken door de partijen betreft, alleen door eene mondelinge behandeling tot haar recht kan komen, zoo ligt het voor de hand dat de schriftelijke behandeling wel tot de uitzonderingen moet behooren. Daarvoor zijn dan ook wel in het algemeen voorschriften door den wetgever gegeven doch deze komen zelden of nooit in toepassing en de schriftelijke behandeling komt eigenlijk sleehts bij enkele catagoriën van zaken voor, ten aanzien waarvan de wetgever nog

weder bijzondere voorschriften geeft. Wij zullen daarover in afzonderlijke §§, 68 en 69, handelen.

Van groot belang was de onderscheiding, welke de wet vroeger met opzicht tot de mondelinge behandeling maakte, waarbij zij eene drieledige aannam en tegenover eene gewone eene summiere behandeling voorschreef, naast welke dan nog weder een behandeling op korten termijn kon voorkomen.

De behandeling op korten termijn verschilde slechts in enkele opzichten van de summiere behandeling. Ook thans komen nog enkele bijzondere bepalingen over de behandeling op korten termijn in de wet voor. Wij kunnen dus nog eene tweeledige onderscheiding bij de mondelinge behandeling aannemen en spreken van: de gewone behandeling en die op korten termijn. Verg. het Ontwerp 1865 B. II. tit. I, afd. II en III.

Doch de vroegere onderscheiding tusschen de gewone en summiere behandeling had niet alleen hare gevolgen in de wijze van procedeeren in het algemeen, maar vond ook hare toepassing bij de behandeling der incidenteele vorderingen, bij de wijze waarop het getuigenverhoor moest plaats hebben, bij het aanbrengen van den eisch in reconventie, bij de al of niet gelijktijdige behandeling van conventie en reconventie en eindelijk bij het rechtsgeding in hooger beroep.

De praktijk had evenwel het onderscheid tusschen de gewone en summiere behandeling in hoofdzaak doen verdwijnen en terwijl de onderscheiding zelve in 't algemeen kon geacht worden aan partijen overgelaten te zijn, hadden de praktizijns bij vele rechterlijke colleges de bindende voorschriften der wet als van hunne willekeur afhankelijk weten te maken, waarin zij door den rechter gesteund werden. Het summier karakter der dus genoemde behandeling ging daardoor voor een goed deel verloren en de gewone behandeling werd niet of zelden toegepast. De Rechtbank van Amsterdam ging zelfs zoo ver van eens te overwegen dat sints 's menschen geheugenis bij die Rechtbank alle zaken als summiere zaken worden behandeld en verklaarde op dien grond het beweren eens eischers dat in eene gewone zaak interventie bij verzoekschrift behoorde gedaan te worden ongegrond. Vonnis 30 Oct. 1894 W. 6638. Zij vergat dat een wet niet door nietgebruik wordt afgeschaft.

Zoo leerde de ondervinding dat de onderscheiding zelve had uitgediend en de wetgever gaf daaraan toe bij de herziening van 1896 toen de onderscheiding der behandeling in gewone en summiere uit

de wet verdween. Dat de toen ingevoerde regeling toch met de afgeschafte in verband staat en daarin hare verklaring vindt, zal ons de nadere behandeling daarvan in de volgende § doen zien.

§ 64. DE MONDELINGE BEHANDELING: HET VERWEREN EN VOLDINGEN.

Overzicht van den loop van het geding.

A. Bij de gewone behandeling is de loop van het geding als volgt:

1. Ten dienenden dage verschijnen de procureurs der partijen ter openbare terechtzitting van het college. Na de oproeping van de rol, wordt de zaak door den procureur des eischers aangebracht, waarop de procureur des gedaagde verklaart, dat hij als zoodanig voor den verweerder optreedt.

2. Tenzelfden dage of op een naderen alsdan te bepalen dag, draagt de procureur des eischers eene met redenen omkleede conclusie van eisch voor. Eveneens wordt op dienzelfden of op een nader bepaalden dag eene conclusie van antwoord door den procureur des verweerders voorgedragen. Van de aldus genomene conclusiën wordt gelijktijdig een afschrift aan den procureur der wederpartij overgegeven.

Een ander afschrift van de genomene conclusiën behoort door de procureurs aan den griffier ter hand gesteld te worden.

3. Nadat de conclusie van antwoord ter terechtzitting is voorgedragen, wordt aan den procureur des eischers, op zijn verlangen, gelegenheid gegeven of een termijn toegestaan tot het nemen eener conclusie van repliek, welke de procureur van den verweerder kan beantwoorden met eene conclusie van dupliek. De rechter kan op eenparig verzoek van partijen het nemen van nog meer conclusiën toestaan.

4. Na het wisselen der conclusiën worden partijen toegelaten tot de pleidooien of wordt daarvoor een nadere dag bepaald, tenzij partijen daarvan afzien.

De pleidooien worden gehouden na herhaalde voorlezing der conclusiën. De rechter is bevoegd bij de pleidooien aan de partijen ophelderingen te vragen omtrent hunne schriftelijke of mondelinge voordrachten.

5. Het Openbaar Ministerie neemt, wanneer daartoe termen zijn, zijne conclusiën onmiddellijk na de pleidooien of op eene daartoe te bepalen nadere terechtzitting.

6. De rechter neemt de stukken over en doet uitspraak, hetzij dadelijk, hetzij op een nader bepaalden dag. Art. 137, 140—144, 327.

Toelichtende aanteekeningen.

Ad 1um. Ten dienenden dage. Dit zal vooral in eersten aanleg wel in den regel de bij de dagvaarding aangewezen dag zijn. Het kan evenwel ook de dag zijn door den gedaagde aangewezen, wanneer deze van het recht van anticipatie gebruik maakt. Zie bl. 60.

Openbare terechtzitting van het college. Zie I § 14, I, en § 17.

Na oproeping van de rol. De griffier heeft volgens art. 38, Regl. I te zorgen, dat er voor iedere zitting een uittreksel uit de rol gereed zij, houdende vermelding der zaken, welke moeten worden opgeroepen. Den griffier moet dit bekend geworden zijn tengevolge van de bepalingen van 135 B.R. en art. 35 v. h. Regl. I. De oproeping van de rol geschiedt ter terechtzitting door den deurwaarder, (die een uittreksel van de rol ter griffie heeft gelicht volgens art. 6 Regl. IV), art. 38, Regl. I, op last van den president, art. 48 ald.

Tengevolge van het stelsel der verplichte vertegenwoordiging der partijen worden hier de verklaringen door procureurs afgelegd en moet men, waar de wetgever van „de partijen" spreekt daaronder wel deze hare praktizijns verstaan. Wel wordt in art. 144 § 2 gesproken van de bevoegdheid des rechters om aan de partijen of hare praktizijns opheldering te vragen, maar noodzakelijk was het niet om ook daar niet als in de andere artikelen eenvoudig van „de partijen" te spreken.

Ad 2um. et 3um. Volgens de wet van 1838 werden in zaken van gewone behandeling conclusiën ter terechtzitting eerst genomen, nadat er tusschen partijen eene wisseling van schrifturen had plaats gehad, waarbij de eerste schriftuur van den verweerder uitging en ten antwoord strekte op de dagvaarding. Daarop kon dan nog een schriftuur van repliek volgen van den eischer en eene van dupliek van den verweerder. Zoo konde in zaken, welke niet om haar gering belang en eenvoudigheid voor eene beknopte (dusgenaamd summiere) behandeling vatbaar waren, het punt in geschil tusschen partijen — want die schrifturen werden gewisseld buiten den rechter om — tot meerdere klaarheid worden gebracht, zoodat het in de schrifturen meer uitvoerig verhandelde in uit haren aard beknopte

conclusiën kon worden saamgevat, die dan, op de terechtzitting voorgedragen, het tusschen partijen bestaand geschil bepaalden en den rechter daarmede in kennis stelden. Bij zaken van eenvoudigen aard en gering belang wilde de wetgever dat partijen zich tot schriftelijke vaststelling van het geschil bij op de terechtzitting genomen conclusiën van eisch en antwoord zouden bepalen. Dat was dan de summiere behandeling.

Ofschoon deze onderscheiden behandeling van de zaken naar hare meer of minder eenvoudigheid en belang theoretisch rationeel en doelmatig kon geacht worden, bleef zij toch in de praktijk niet te handhaven. De wisseling van schrifturen was door de wet wel aan bepaalde termijnen gebonden doch de toepassing hing daarvan af, of de eene praktizijn van het verzuim door den anderen begaan gebruik wilde maken.

Ook werd wel van de gelegenheid om schrifturen te wisselen in het geheel geen gebruik gemaakt en de zaak ter terechtzitting gebracht ter tijd en wijle dit den praktizijns of een hunner gelegen kwam, om dan eenvoudig conclusiën te nemen. Zoo werden de voorschriften door de wet bestemd tot eene grondiger behandeling der zaak misbruikt om de processen op de lange baan te schuiven. Ten anderen bestonden die schrifturen dikwijls uit niet veel anders dan uit conclusiën die, als de zaak op de terechtzitting kwam, niet geresumeerd maar eenvoudig daar overgebracht werden. Tot vereenvoudiging in de voorstelling van meer ingewikkelde zaken leidde die gewone behandeling dus ook al niet. En wanneer er geen schrifturen waren gewisseld, haalden de praktizijns de schade in door op de terechtzitting niet alleen conclusiën van eisch en antwoord, die de wet alleen kende, maar ook van repliek en dupliek, enz. te nemen. Deze vrijheid werd ook bij de summiere behandeling in toepassing gebracht en zoo viel het onderscheid tusschen de gewone en de summiere behandeling inderdaad weg, De rechter bezweek meest overal voor de vrijheid, welke de praktizijns namen en zoo stelde de praktijk hare regelen voor die van de wet in de plaats. Dat nu bij de herziening van 1896 de z.g. summiere behandeling met afschaffing van de gewone werd aangenomen, liet zich verwachten.

Terwijl onze wetgever reeds in het wetboek van 1830 art. 121 vv., op het voorbeeld van den wetgever van Génève van 1819, veel verder was gegaan, werden in de Ontwerpen van 1855, 1865 en 1877 voorstellen in den zin als die van 1896 gedaan. In die onderscheiden

ontwerpen werd evenwel het aantal der te nemen conclusiën tot drie of vier (antwoord, re- en dupliek of eisch, antwoord, re- en dupliek) beperkt. (Zie ook mijne verhandeling over het Summier proces naar aanleiding van het Ontwerp VAN LYNDEN, bl. 22, v.) Doch de praktizijns, die in 1896 de herziening hadden voorbereid die ze leidden en ten slotte ook vaststelden, waren van eene beperking in hunne vrijheid, ook van andere zijde aanbevolen, en wellicht juist daarom, niet gediend en de wetgever bepaalde ten slotte dat de rechter op eenparig verzoek der partijen, d. w. z. der praktizijns, het nemen van nog meer conclusiën kan toestaan. art. 142 § 2. Het ligt in den aard der zaak dat het voldoen aan het eenparig verzoek regel moet worden. Verg. dl. V. bl. 144.

Mr. VAN ROSSEM (aant. op art. 142) leidt uit deze bepaling af dat, nu dat eenparig verzoek op iedere verdere conclusie van toepassing is, daaruit zou volgen dat het telkens van de partij, die het laatst aan het woord is geweest, zou afhangen, of de wederpartij die op die conclusie alsnog meent te moeten antwoorden, daartoe verlof van den rechter zal kunnen krijgen. Het komt mij voor dat een procureur de belangen van zijn client al zeer slecht zou behartigen indien hij niet aan zijne toestemming tot het nemen van bv. een conclusie van tripliek, het voorbehoud verbond van zijne zijde daarop te nemen conclusie van quadrupliek en dat zoo meteen van den rechter verkregen werd dat het nemen van conclusiën van tripliek en quadrupliek werd toegestaan. De redactie van art. 142 § 2 staat daaraan volstrekt niet in den weg; de wet onderstelt het nemen van conclusiën bij het paar, zie art. 140 en 141; 142 § 2 en ook 247. Ook hier mag het „malitiis non indulgendum" zeker niet vergeten worden.

De conclusie van eisch moet wel, wat zijn inhoud betreft, met den in de dagvaarding geformuleerden eisch overeenkomen. Tot eene wijziging of vermindering, als art. 134 toelaat, zal in den regel wel eerst het antwoord des verweerders aanleiding geven. Zij heeft dus voor den verweerder geen bijzonder belang, maar formeel had de eischer zijn eisch nog niet aan den rechter voorgedragen. Dit geschiedt nu bij deze conclusie. En ofschoon bijv. de ontwerper van 1855 en die van 1865 van oordeel waren dat zij wel kon worden gemist, was de wetgever bij de herziening van 1896 een andere meening toegedaan, vooral omdat de dagvaarding niet dadelijk ter kennis van den rechter wordt gebracht. Mem. v. toel. Ontw. HARTOGH op art. 140.

De conclusie van eisch zal alzoo in de dagvaarding de motiveering vinden welke de wetgever verlangt.

Maar ook de conclusie van antwoord behoort met reden omkleed te zijn.

Het ontbreken van zoodanige conclusie moet wel ten gevolge kunnen hebben dat de gedaagde ook niet tot de pleidooien wordt toegelaten; in ieder geval zal de rechter de niet gemotiveerde conclusie buiten aanmerking moeten laten en op de eenzijdige beweringen en de ontwikkeling daarvan door den eischer, als op tegenspraak recht doen. Nog bij een arr. van 3 December 1890 W. n⁰. 5971 besliste de H. Raad: „dat wanneer vaststaat dat uit eene conclusie niet blijkt wat met een daarin voorkomend verdedigingsmiddel bedoeld wordt, het buiten aanmerking laten daarvan niet in strijd is met art. 139 (thans 141) B. R.; dat dit artikel voorschrijft dat de conclusiën ten aanzien van de daarin voorgedragen verweringen met redenen moeten zijn omkleed, aan welk vereischte eene conclusie in zoover niet voldoet als daaruit niet is op te maken waaruit eene daarin gevoerde verwering bestaat." Men zie voorts arr. H. Raad 1 Febr. 1889 W. n⁰. 5074 en behalve de door den adv.-gen. in de daaraan voorafgaande conclusie aangehaalde uitspraken, vonnis rechtb. Amsterdam 23 Oct. 1885 W. n⁰. 5334 en 8 Maart 1889 W. n⁰. 5769. Dat, blijkens deze zoo juiste en constante jurisprudentie, dergelijke onbepaalde ontkenning zoo dikwijls voorkomt, bewijst niet dat men in de praktijk algemeen overtuigd is dat ontkennen wat men voor waar houdt met den vereischten zin voor waarheid niet in overeenstemming is. „Besonders die unbestimmte Negation der Behauptungen des Gegners", zegt ergens BETHMANN-HOLLWEG, „erlaubt man sich haüfig, wo sie doch mit strenger Wahrheit nicht besteht."

Eene conclusie is naar de beteekenis van het woord op zich zelf een besluit of een slotsom. Is zij met redenen omkleed dan wil dat hier zeggen dat de gronden waarop de slotsom steunt, de praemissen waaruit deze getrokken is, daarbij worden gevoegd. Die slotsom der conclusie zal zijn datgene wat de partij van den rechter verlangt; de redenen, gronden of premissen, zullen de „middelen" d. z. de feitelijke en de rechtsgronden aangeven waarop dat verlangen steunt. Deze plegen in den vorm van als waar aangenomen onderstellingen te worden voorgedragen, „aangezien dit of dat feit heeft plaats gehad," enz. Doch de wet verbiedt niet dat eene conclusie in den beschrijvenden stijl worde vervat.

Gelijk de conclusie van eisch, die zijn inhoud aan de dagvaarding ontleent, dien eisch formuleert, zoo heeft de verweerder in zijne conclusie van antwoord zijne verweermiddelen daartegen te formuleeren. Al heeft hij nu niet alleen verweermiddelen tegen de hoofdzaak maar ook exceptieve middelen, hij is verplicht die exceptiën in zijn antwoord ten principale tegelijk voor te dragen d. w. z. alle die middelen in zijn conclusie van antwoord samen te vatten. Alleen de exceptie van beraad waarvan erfgenamen naar art. 1072 B. W., de getrouwde vrouw, na de ontbinding der gemeenschap, krachtens art. 188 B. W., kunnen gebruik maken, kan een afzonderlijk en voorafgaand middel van verwering uitmaken. Art. 141. Ook staat het den verweerder vrij met eene oproeping in vrijwaring een beroep op de onbevoegdheid des rechters te verbinden.

De conclusie van repliek is vooral bestemd om de gronden van de verdediging te destrueeren, terwijl die van dupliek vooral tot handhaven van de verdediging daartegen bestemd is. Wanneer evenwel de conclusie van antwoord eene exceptieve verdediging inhoudt, zal de conclusie van repliek het antwoord daarop inhouden Zoo moest ook, toen in vele gevallen naar de oude wet het afzonderlijk en vooraf voorstellen van exceptiën geoorloofd of verplicht was, de conclusie houdende exceptie formeel als conclusie van eisch beschouwd worden en werd de conclusie des eischers daarop als eene conclusie van antwoord. Want de conclusie van eisch op de hoofdzaak bleef dan voorshands liggen. De conclusie van dupliek kan geen exceptie bevatten, maar wel een nieuw middel tegen de hoofdzaak gericht, indien althans ook bij de conclusie van antwoord op de hoofdzaak geantwoord werd. Zie art. 141 § 2. Mrs. HARTOGH en COSMAN op art. 141 bl. 57. Over het nieuwe stelsel der wet nader bij de behandeling der exceptiën in Dl. III.

Voor het nemen der conclusiën worden door de wet geene bebepaalde termijnen voorgeschreven. Dit was wel het geval voor de wisseling der schriftueren bij de gewone behandeling. Ook waren partijen gebonden aan de termijnen welke hun door den rechter voor het nemen van conclusiën waren toegestaan. De wetgever wilde zelfs dat die termijnen stiptelijk worden in achtgenomen (oud art. 151) en bleken zij te kort te zijn om de noodige bewijsstukken te verschaffen, dan kon de rechter op verzoek van de belanghebbende partij statering van het geding gedurende een bepaalden tijd bevelen. Doch gelijk ik reeds opmerkte waren de ter-

mijnen voor de schrifturen ten slotte van den overeenstemmenden wil van de praktizijns afhankelijk, het stiptelijk in achtnemen van de termijnen voor de conclusiën gesteld werd ook niet gehandhaafd. Want ook na afloop daarvan werd op nieuw uitstel werleend. De termijn werd ontgaan door het toelaten van meer conclusiën dan die welke de wet kende en het misbruik van het middel van statering (naar zijn aard alleen voor de gewone behandeling bestemd) verschafte verder gelegenheid tot het rekken der gedingen, ook waar de behandeling summier heette. Daar alzoo ten slotte de praktizijns, met goedkeuring des rechters, de termijnen regelden en de wet een doode letter werd, moest wel aan eene regeling de voorkeur gegeven worden, waarbij de wetgever, zijn onmacht in dezen erkennende, de bepaling der termijnen aan den rechter overlaat in overeenstemming met hetgeen de praktizijns verlangen.

In geval van verschil beslist ten slotte de rechter. Dat hij daarbij te letten heeft op den tijd welken de belanghebbende partij mocht aantoonen te behoeven om zich de noodige bewijsstukken te verschaffen, gelijk art. 143 dit uitdrukkelijk bepaalt, maakte het bijzonder middel van statering van zelf overbodig. Dit laatste is alzoo in 1896 uit de wet verdwenen.

Wanneer men in de wet leest dat die gemotiveerde conclusiën ter terechtzitting worden voorgedragen, dan moet men zich wel voorstellen dat zij tekstueel worden voorgelezen en misschien heeft dit bij sommige colleges inderdaad plaats, gelijk ik het wel heb hooren doen. Het is met de theorie der mondelinge behandeling wel in overeenstemming maar beantwoordt aan het doel daarvan niet. Voor den rechter geeft die voordracht niets als er niet dadelijk gepleit wordt, voor de tegenpartij zou het iets kunnen geven, als zij van de kennis van den inhoud der conclusie liet afhangen de vraag, of zij ook van hare zijde eene beantwoording noodig achtte; derden, zegge het publiek, hebben er nog minder aan en zoo bepalen de praktizijns zich dan wel tot het lezen van de slotsom wat natuurlijk nog minder geeft, of eenvoudig tot de mededeeling dat geconcludeerd wordt voor eisch of dat conclusie van eisch wordt *genomen*, enz. Deze laatste uitdrukking komt ook in de wet voor, art. 143 (zie ook 147 (oud)) en dat *nemen* is met de werkelijkheid meer in overeenstemming dan het *voordragen*. Een afschrift van de genomen conclusie moet gelijktijdig aan den procureur der tegenpartij worden overgegeven. Een uitnemend voorschrift; jammer dat daaraan een afdoende sanctie ontbreekt.

Evenals volgens art. 133 bij de dagvaarding afschrift moet worden overgelegd van de stukken waarop de eisch gegrond is — of dit ook bij het geven van afschrift van de conclusie van eisch kan geschieden — behoort dit bij de conclusie van antwoord plaats te hebben. Een of ander is niet noodig wanneer de procureur der wederpartij verklaart geen afschrift te verlangen. art. 147. Hier wordt dus eigenlijk ondersteld, dat er aanbod van afschrift der stukken wordt gedaan, zooals dit bij de schrifturen in de gewone behandeling van art. 143 en 144 (oud) was bepaald. Immers het ware onredelijk het maken van die afschriften en het aanbod van die reeds gemaakte afschriften voorte schrijven indien het van de tegenpartij afhankelijk is om ze al of niet te ontvangen.

De conclusien worden op gezegeld papier geschreven (art. 13 zegelwet) en door den procureur onderteekend. Zij zijn niet aan de formaliteit der registratie onderworpen.

Ook aan den griffier moet een afschrift worden ter hand gesteld volgens art. 44 Regl. I Hij kan daardoor voldoen aan het voorschrift van art. 62 n°. 1 B. R. De rechters worden daardoor ook in de gelegenheid gesteld om zich, vóór den aanvang der pleidooien, op de hoogte te stellen van de wederzijdsche beweringen der partijen. Mochten deze afschriften niet aan den griffier worden gegeven, eene herinnering aan de verplichting door den griffier of des noodig door den president zal in den regel wel voldoende zijn om het verzuim te herstellen. Zoo niet, art. 24 Regl. III zou in toepassing gebracht kunnen worden.

Ad 4um. Dag bepaald voor het houden der pleidooien, ten ware partijen daarvan afzien; art. 147.

Zijn alzoo de conclusiën noodzakelijk, niet evenzoo de pleidooien. De pleidooien strekken dan ook om mondeling toetelichten en te ontwikkelen, wat de conclusiën kort samenvatten. Deze laatste stellen het onderwerp van het geschil in zijn geheelen omvang vast, zoodat de rechter daarop zou kunnen uitspraak doen, al is voor zijne behoorlijke inlichting het hooren der pleidooien dikwijls niet overbodig. Maar met de conclusiën heet de zaak voldongen; de partijen hebben alles voorgedragen wat zij verlangen en de gronden daarvoor zijn in het kort aangegeven. Daarop kan de rechter uitspraak doen. De zaak is dan „in staat van wijzen". De aangegeven beteekenis van het voldingen blijkt uit het opschrift der tweede afdeeling van tit. III, in

verband met art. 45 § 2. Zie ook artt. 366 en 367. Zie over het stellen der conclusiën, als het werk van den advocaat, DUCHAINE et PICARD, Manuel de la profession d'avocat, p. 356.

Het gevolg van dat afzien van de pleidooien is dan ook dat de partijen op de stukken recht verzoeken. Dus art. 144 nieuw. Art. 147 (oud) sprak van het geding en de overgelegde stukken. Het duidde daarmede aan de dingtalen (art. 21 § 2) d. z. de conclusiën (en toen ook de schrifturen) en dan de stukken tot staving van eisch of antwoord overgelegd. De eene en de andere kunnen onder de stukken begrepen worden zooals art. 326 (oud) van de processtukken sprak, doch de tweëerlei aard dier stukken werd in art. 147 (oud) aangewezen.

Terwijl uit de aangehaalde bepalingen en ook nog uit art. 255 § 1 en 2 volgt dat de wetgever het zwaartepunt legt in de conclusiën, geven weder andere bepalingen aanleiding om te meenen, dat hij de pleidooien zóó noodzakelijk acht, dat daarbij eerst metterdaad de zaak aan 's rechters oordeel wordt onderworpen en hij vooral naar deze de zaak beoordeelt. Zie artt. 33 en 47 § 1. Indien men evenwel behoorlijk onderscheidt tusschen de vaststelling van het punt in geschil tusschen en ten aanzien van de partijen en de toelichting van dat punt in geschil voor den rechter in 't belang van eene juiste oordeelvelling, dan zal men geen strijd ontdekken.

Hierbij dient evenwel in het oog gehouden dat, ofschoon het proces met het nemen der conclusiën ter terechtzitting voldongen kan zijn en dit in den regel is, en de pleidooien alleen de strekking hebben de conclusiën toetelichten, het geding toch met het houden der pleidooien wordt voortgezet en er dientengevolge ook gedurende de pleidooien nog gelegenheid bestaat om middelen, welke in elken stand van het geding kunnen worden voorgedragen, bij gelegenheid van de pleidooien voor te dragen. Daartoe moet dan evenwel eene conclusie worden genomen. Het eenvoudig beroep daarop bij pleidooi kan niet in aanmerking worden genomen. De pleidooi heeft niet de strekking om zich op een of ander nog niet gebruikt middel te beroepen, maar verschaft daartoe alleen de gelegenheid. De vraag of er gedurende de pleidooien nog conclusiën genomen kunnen worden is van de vraag, of het middel in elken stand van 't geding kan gebruikt worden afhankelijk. Zoo bijv. de exceptie van verjaring, art. 1988 B. W. Overigens bepaalt art. 141 duidelijk genoeg, dat exceptiën vervallen als zij niet bij conclusie van antwoord worden voorgedragen

en dat zelfs bij conclusiën van dupliek geen middel op de hoofdzaak mag worden voorgedragen, indien ook niet reeds bij conclusie van antwoord ten principale geantwoord is. A fortiori wordt daardoor het nemen van conclusiën tot het voordragen van middelen van verdediging bij de pleidooien uitgesloten.

Over de pleidooien, zie I, bl. 194 en de daar aangehaalde geschriften; ook DUCHAINE et PICARD t. a. p. p. 360. Zij kunnen door de partijen zelve gehouden worden onder de nadere bepaling van art. 20 B. R. Vrouwen zijn niet uitgesloten. Cf. BONNIER n°. 193. De leden der rechterlijke macht hebben de bevoegdheid om bij alle Hoven en rechtbanken niet alleen hunne eigene zaken, maar ook die hunner vrouwen, bloedverwanten of aangehuwden in de rechte lijn en hunner pupillen te bepleiten. Rechters-plaatsvervangers kunnen alleen hunne eigene zaken bepleiten, ten ware zij van elders tot het pleiten ook in andere gevallen bevoegd waren; art. 29 B. R. Intusschen behoort het pleiten door de partijen zelve tot de uitzonderingen. Maken zij van die bevoegdheid geen gebruik, dan kan hare zaak niet bepleit worden dan door haren procureur of door een advocaat. De procureurs zijn ingevolge de wet van 23 April 1879 n°. 75 zonder beperking bevoegd om te pleiten voor het college bij hetwelk zij zijn toegelaten. Verg. I, bl. 193, 196 en 201.

Bij de pleidooien komen gewoonlijk vier termijnen voor: eisch, antwoord, repliek en dupliek, zoodat de pleiter voor den gedaagde het laatste woord heeft. Een vaste regel bestaat hiervoor niet, doch aan den President is de bevoegdheid toegekend, om de pleidooien te doen ophouden, wel te verstaan, wanneer de rechters EENPARIG oordeelen, dat eene zaak tot genoegzame klaarheid is gebracht; art. 4, Regl. n°. 1.

De herhaalde voorlezing der conclusiën is voorgeschreven bij art. 45 Regl. n°. 1, hetwelk die voorlezing beveelt vóór den aanvang der pleidooien. Men zou kunnen meenen, dat die voorlezing kon strekken om den rechter al dadelijk beknopt aantewijzen het onderwerp waarover voor hem gepleit zal worden. Intusschen beantwoordt daaraan in de praktijk de voorlezing van een dergelijk stuk als eene conclusie al heel slecht, en in het geheel niet, wanneer daarmede bedoeld wordt de voorlezing van de slotsom der conclusiën, dat wel voldoende moet geacht worden, daar de wetgever zelf dit in art. 368 B. R. uitdrukkelijk bepaalt en dat nog wel in

revisie, waar de conclusiën zelve voor commissarissen genomen zijn. De rechters hebben de gelegenheid van de conclusiën vóór de pleidooien kennis te nemen, daar een afschrift daarvan ter griffie is neergelegd. Art. 44 Regl. n°. 1.

Opmerking verdient de bepaling welke in 1896 in de wet werd opgenomen, waarbij aan den rechter de bevoegdheid wordt gegeven om bij de pleidooien aan de partijen ophelderingen te vragen omtrent den inhoud van hunne schriftelijke of mondelinge voordrachten. art. 144 § 2. Zie hierover Dl. V bl. 149.

Wanneer wij ten slotte de instructie van het geding zooals die thans door de wet is voorgeschreven en de tot het verweren en voldingen noodzakelijke handelingen der partijen vergelijken met die van het wetboek van 1838, dan hebben zij dit gemeen dat thans, evenals zoowel bij de gewone als bij de summiere behandeling, het vaststellen van het onderwerp van den strijd schriftelijk plaats heeft. Terwijl dit evenwel bij de gewone behandeling naar de bepaling der wet, in hoofdzaak buiten de rechters omging, is het karakter der summiere behandeling daarin behouden dat alle conclusiën ter terechtzitting worden genomen. Aard en aantal van die conclusiën wordt niet a priori van den onderscheiden aard der gedingen afhankelijk gesteld, maar is zoo goed als gelegd in handen van de praktizijns die, als zij overeenstemmen ook over den korteren of langeren duur der termijnen beslissen. Dat nu alles onder toezicht van den rechter plaats heeft, heeft ten slotte op de meerdere of mindere omslachtigheid waarmede het geding geïnstrueerd wordt weinig of geen invloed. Want dat toezicht is meer lijdelijk dan maatgevend. Dat alles op de terechtzitting verhandeld wordt is vooral het gevolg van het bij de wet van 1896 in toepassing gebrachte rolsysteem, hetwelk berust op het beginsel dat de zaak steeds op de rol blijft en noch door de instructie, zooals bij de vroegere gewone behandeling, noch door de incidenten, van de rol gaat. Doet zich een incident voor, dan wordt de dag der terechtzitting waarop de behandeling der hoofdzaak vervolgd wordt, gewoonlijk vooraf bepaald. Hierin ligt voor de bespoediging der procedure de voorname kracht van dat rolsysteem.

Ad 5um. De nederlegging ter griffie van afschrift der genomen conclusiën stelt het O. M. in de gelegenheid om daarvan vooraf kennis te nemen en er zich op voor te bereiden om onmiddellijk na

afloop der pleidooien, conclusie te nemen. Dit zal evenwel in den regel geen plaats hebben; het is met het oog op den geheelen duur van het proces niet bijzonder noodig, en in den regel nauwlijks doenlijk, indien het O. M. zijne conclusie behoorlijk wil motiveeren. De alsdan te bepalen nadere terechtzitting wordt door het O. M. aangegeven. Is het O. M. op dien bepaalden dag niet gereed, dan kan het slechts één uitstel nemen volgens art. 59 Regl. n°. 1. Daardoor vervalt dan wel niet de conclusie, welke waar de wet het voorschrijft, altijd genomen moet worden, maar het O. M. stelt zich aan de gevolgen van plichtverzuim bloot. Met art. 327 en art. 59 Regl. n°. 1 te vergelijken art. 83 en 84, Decret 30 Mars 1808. Over de opvolging, of liever de niet-opvolging dezer bepalingen in de fransche praktijk, GARSONNET II § CCLXVI p. 292.

Wanneer daartoe termen zijn. Zie I, § 20, vooral bl. 161. In de gevallen waarin de wet het voorschrijft moet het O. M. gehoord worden op straffe van nietigheid. Arr. H. Raad 9 Maart 1877 W. n°. 4089.

Nadat het O. M. zijne taak heeft vervuld, kan 's rechters uitspraak volgen. Want de advocaten of procureurs zullen, evenmin als de partijen, die zelve gepleit mochten hebben, onder geen voorwendsel, na de conclusiën van het O. M., het woord bekomen, volgens het, aan art. 87 van het fr. decreet van 30 Maart 1808 ontleende, art. 328. Volkomen juist. Het O. M. geeft een advies aan den rechter, spreekt zijn oordeel uit als ware hij rechter, neemt dus in dien zin een standpunt in boven de strijdende partijen en treedt met deze in geene discussie, welke tot hervatting der pleidooien aanleiding zou kunnen geven. Verg. over deze positie van het O. M., PARDESSUS, Discours sur les ouvrages du chancelier D'AGUESSEAU, in Oeuvres complétes, Paris 1819, I, p. XXV, MERLIN Rep. v° Min. public, § V, n°. V. p. 223.

Met het oog evenwel op den invloed, welken die conclusiën op het oordeel des rechters kunnen hebben, bepaaldelijk ten opzichte van de voorstelling der feiten, welke de rechter zou kunnen en mogen meenen met vertrouwen te volgen, wordt aan de partijen vergund eenvoudige aanteekeningen tot wederlegging van dwalingen omtrent de feiten, waarin zij zouden mogen oordeelen dat het O. M. vervallen ware, onmiddellijk aan den President ter hand te stellen; art. 321 § 2. Die bevoegdheid had niet tot de feiten beperkt, maar ook gegeven

moeten worden tot weêrlegging van ambtshalve door den rechter te doene uitspraken, waartoe het O. M mocht hebben geadviseerd. Voorts verdient de wijze, waarop van de bevoegdheid gebruik moet worden gemaakt, afkeuring, als in strijd met eene ruime toepassing van het hooren van beide partijen en om het misbruik dat daarvan gemaakt kan worden. Verg. Genève, art. 100; BELLOT, p. 89 en 91 ; BONCENNE II, p. 293; BOITARD I, ad art. 83, n°. 222. Zie I, bl. 117. Een voorbeeld van mogelijk misbruik levert een vonnis van de rechtbank te Amsterdam, in R. Bijbl. XX (1870), bl. 641. In Frankrijk vindt men toch in het voorschrift geen overwegend bezwaar, vooral niet omdat de rechterlijke colleges de bevoegdheid meenen te hebben, het geding tusschen partijen weder te openen. Zie GARSONNET I § LXXIX vooral n'. 19: „les juges peuvent, en rouvrant les débats, supprimer le plûpart des inconvénients que présente l'application stricte de la loi" Het is zeker niet moeilijk de bezwaren, welke de toepassing der wet oplevert te ontgaan door de wet niet toe te passen, maar begaat de rechter daarmede niet eene overschrijding van rechtsmacht? Art. 11 A. B. Het komt mij dan ook voor dat, wanneer de rechter de stukken in handen van het O. M. heeft gesteld en daarmede de debatten heeft gesloten en nog minder nadat het O. M. conclusie heeft genomen, van eene heropening der debatten sprake zou mogen zijn.

Ad 6um. Zie art. 45 § 2. De stukken worden aan den rechter overgelegd onder bijvoeging van een behoorlijken inventaris. Cf. art. 43*b* van het tarief. Uitvoerig zijn de voorschriften omtrent dien inventaris in de instructiën van het Hof van Holland van 20 Aug. 1531, Gr. Placcaatboek II, 703.

In den regel doen de colleges niet dadelijk uitspraak. Het uitstel is tot op eene zekere hoogte aan 's rechters willekeur overgelaten. Art. 45 wil de uitspraak hetzij dadelijk, hetzij op een naderen rechtdag. Deze bepaling stemt overeen met hetgeen art. 13 C. de Pr. voor de vrederechters bepaalde. Bij de colleges stelt art. 116 C. de Pr. het uitstel tot een naderen rechtdag als eene uitzondering voor. Altijd moet de bepaalde dag voor de uitspraak worden aangewezen. Onbepaald in advies houden der zaak sluiten art. 45 en 47 § 2 uit. Stelt de rechter langer uit dan drie maanden na het einde der pleidooien of na de conclusiën van het O. M., dan hebben partijen of eene van haar de bevoegdheid om te vorderen dat de zaak andermaal

worde bepleit; art. 47. De kosten schijnen echter wel niet anders dan ten laste der partijen, of ten slotte van de in het ongelijk gestelde, gebracht te kunnen worden.

De partijen hebben door de overlegging der stukken de zaak uit hare handen gegeven. De rechter is nu als de meester van het proces. Eene onderhandeling om alsnog tot een minnelijk vergelijk te komen, kan evenwel den rechter aanleiding geven om, op verzoek der onderhandelende partijen, de uitspraak gedurende een bepaalden tijd uittestellen; art. 47 § 2, B. R.

Over de uitspraak zelve zal in de IIIe afdeeling van dit Hoofdstuk worden gehandeld.

Geding op korten termijn.

B. De behandeling op korten termijn heeft dit eigenaardigs, dat ten dienenden dage door den procureur des eischers de met redenen omkleede conclusie van eisch wordt voorgedragen, terwijl de gedaagde terstond de met redenen omkleede conclusie van antwoord voordraagt. Daarna worden partijen, wanneer zij dit verlangen, dadelijk tot de pleidooien toegelaten.

Toch kan de rechter op verzoek van eene der partijen in haar belang of ook ambtshalve zoowel tot het nemen der conclusiën als tot het houden der pleidooien eenig uitstel bevelen. Art. 145.

Naast den voor de partijen als mogelijk ondersteldeu afloop op ééne terechtzitiing, staat de in art. 145 aan den rechter toegekende bevoegdheid om ook ambtshalve uitstel voor de eene of andere handeling te bevelen. Ook bij hem kan verhindering bestaan om dadelijk voort te gaan. Maar overigens moet het uitstel door de partij die dit in haar belang acht verzocht worden en zij moet van dit haar belang doen blijken. Het uitstellen van de pleidooien, in plaats van ze dadelijk na het nemen der conclusiën te houden, is in het nieuwe artikel gemakkelijker gemaakt door de invoeging van „des verlangd." Partijen zullen dus nu hun verlangen om onmiddellijk te pleiten te kennen moeten geven. — Kunnen er meer dan twee conclusiën toegelaten worden? „Mocht de wensch daartoe," dus HARTOGH en COSMAN op art. 145, „zich onder de nieuwe wet bij partijen openbaren, dan zouden wij niet inzien waarom de rechter haar moest weigeren, wat hij haar onder de oude wet niet onthield." Het is anders zoo moeilijk niet om dit in te zien. Onder de oude wet waren èn voor de gewone èn voor de summiere behandeling

en voor die op korten termijn niet anders dan conclusiën van eisch en antwoord toegelaten. Meende de rechter de bevoegdheid te hebben om partijen meer vrijheid te geven bij de gewone en de summiere behandeling, dan handelde hij willekeurig door die vrijheid bij de behandeling op korten termijn niet te verleenen. Maar nu voor de gewone behandeling de vrijheid van conclusiën opzettelijk geregeld is en voor die op korten termijn eene bijzondere bepaling geldt, welke die vrijheid niet kent, ligt de uitsluiting der vrijheid als noodzakelijk gevolg voor de hand. Wat de stijl der gerechten er evenwel van zal meenen te mogen maken is iets anders. Verg. mijne adviezen bl. 26. Zie ook VAN ROSSEM op art. 145. Wat evenwel onder de oude wet vaststond dat, niettegenstaande die wet alleen conclusiën van eisch en antwoord kende, eene conclusie z.g. van repliek niet kon uitblijven, wanneer door den gedaagde een exceptie werd voorgedragen, zoo zal dit ook thans in zaken op korten termijn moeten worden toegelaten. Zoodanige conclusie moge formeel eene conclusie van repliek kunnen genoemd worden, zij is naar haren inhoud eene conclusie van antwoord op de exceptie en met hare toelating wordt niet anders dan het beginsel van art. 45 in toepassing gebracht dat de rechter beide partijen moet hooren.

Omtrent de bij wijze van uitstel te verleenen termijnen geldt ook hier art 143, aangezien art. 145 daaromtrent geene bijzondere bepaling bevat.

Van de gewone conclusiën moet ook hier gelijktijdig ter terechtzitting afschrift aan de wederpartij worden overgegeven. Evenzoo behoort aan den griffier dergelijk afschrift ter hand gesteld te worden. Het eerste wordt in art. 145 met zoovele woorden bepaald, voor het laatste geldt de in algemeene termen gestelde bepaling van het Reglement I.

Men verlieze overigens niet uit het oog, dat, bij dezen zoo spoedigen afloop, de meest eenvoudige loop van het proces aangegeven wordt. Incidenten kunnen tot vertraging aanleiding geven en zullen dit doen, of hunne opwerping tot de beslissing der zaak noodig en alzoo op zich zelve gerechtvaardigd zij, dan wel door de eene of andere partij met het hoofdoogmerk om op te houden plaats hebbe. Een opmerkelijk voorbeeld van eene zaak op korten termijn, die lang duurde, levert eene procedure voor de Rechtbank van 's-Gravenhage en het Hof van Zuidholland gevoerd, waarin de dagvaarding op korten termijn op 16 December 1859 werd uitgebracht, het vonnis

in eersten aanleg op 29 Juni 1860, en eindelijk het arrest door het Hof op 10 Juni 1861 werd uitgesproken. Men kan de procedure leeren kennen uit W. v. h. R., n°. 2137, 2139, 2141, 2148, 2149, 2150, 2182, 2187 en 2287.

Toepassing van de hoofdbeginselen der rechtspraak.

In de wijze van behandeling, zooals die hierboven naar de wettelijke bepalingen beschreven werd, vindt men de toepassing van de in § 14 besprokene of aangeduide hoofdbeginselen onzer rechtspleging terug, voor zoover zij bij den eersten aanleg van het geding in aanmerking kunnen komen.

De lijdelijkheid des rechters wordt toegepast in het verleenen van uitstellen en in het aantal der te nemen conclusiën, waarbij de rechter zich in den regel aan den overeenstemmenden wil van partijen te houden heeft. Aan dezen laatsten bindt art. 143 hem wel niet ten aanzien van te nemen conclusiën, nadat die van repliek en dupliek genomen zijn, maar het kunnen des rechters wordt, waar het van den overeenstemmenden wil van partijen afhankelijk is, lichtelijk daardoor bepaald. (Verg. mijne Adviezen bl. 22); terwijl, voor de termijnen bij de uitstellen in acht te nemen, overeenstemming tusschen de partijen het den rechter eerst aangewezen richtsnoer is.

Het hooren van beide partijen wordt in de wisseling der conclusiën, en in het pleiten door beide partijen toegepast. Eerst nadat partijen op die wijze over en weder in hare belangen zijn gehoord of althans de gelegenheid hebben gehad om gehoord te worden, doet de rechter uitspraak.

De verplichte vertegenwoordiging hebben wij in de bepalingen omtrent de procureurstelling en in die betreffende de onderteekening der stukken en het nemen der conclusiën bij uitsluiting door de procureurs, in toepassing gezien.

Het beginsel, dat de rechtspraak niet kosteloos wordt verkregen, moeten wij nog in Afdeeling III bij den inhoud van het vonnis in toepassing zien komen.

De openbaarheid der rechtspleging bleek uit de voordracht der conclusiën en het houden der pleidooien en andere ook min belangrijke handelingen der partijen ter terechtzitting, welke in het openbaar wordt gehouden. Op de terechtzitting neemt ook het Openbaar Ministerie zijne conclusiën.

De mondelinge behandeling. Kritiek.

In die voordracht der conclusiën en vooral door de pleidooien wordt ook het met de openbaarheid in onmiddellijk verband staande beginsel van mondelinge behandeling toegepast. Bij de hier besproken mondelinge behandeling, gaat, zoodra de zaak ter terechtzitting is gebracht, niets buiten den rechter om.

Het beginsel van openbare behandeling wordt tot eene niets beteekenende vertooning gemaakt, als daaraan niet de mondelinge behandeling verbonden wordt. Wat zal de openbaarheid geven, wanneer op de openbare terechtzitting niets anders dan eene wisseling van schrifturen plaats heeft? Uitsluitend schriftelijke behandeling maakt openbaarheid zonder gevolg, maar moet daarom de openbare behandeling de schriftelijke geheel uitsluiten? In de meeste gevallen zal eene behoorlijke instructie niet zonder geschrift kunnen plaats hebben. Het punt in geschil zal, wil men de orde in het debat bewaren en een vasten grondslag voor 's rechters beslissing verkrijgen, wel in geschrifte moeten geconstateerd worden. Daaraan beantwoorden dan ook de conclusiën, die in alle zaken schriftelijk genomen, doch, met toepassing van het beginsel der openbaarheid, op de openbare terechtzitting worden voorgedragen. Dit laatste levert voor de openbaarheid niet veel nut op, vooral wanneer de voordracht tot die van de slotsom beperkt blijft, of eenvoudig bestaat in de verklaring van een procureur: „dat hij de eer heeft te dienen van conclusie van eisch of antwoord" en hij, met die verklaring, het afschrift aan den procureur der tegenpartij overhandigt. Een dergelijke stijl bij het een of ander college toont wel aan, dat in de openbare voordracht der conclusiën zelve weinig nut gezien wordt.

Onze wetgever vindt dan ook blijkbaar de eigenlijke mondelinge behandeling niet in de voordracht der conclusiën, maar in de pleidooien. Zoo wordt in art. 162 B. R. de behandeling bij geschrifte voorgeschreven, „wanneer eene zaak niet vatbaar schijnt voor eene mondelinge voordracht" waarmede, blijkens het fransche artikel 95 C. de Pr. en de redactie der vorige ontwerpen welke van „niet

vatbaar om op enkele pleidooien of mondelinge pleidooi te worden afgedaan" spreken, de pleidooien bedoeld worden. Zie ook de toel. bij v. D. HONERT, op § 162. In die pleidooien vindt men dan ook eerst eene voor ieder verstaanbare en volledige uiteenzetting van het geschil. Aan de beteekenis, welke de pleidooien in dezen zin hebben, als de eigenlijke mondelinge behandeling opleverende, doet de slechts bij uitzondering toegelaten schriftelijke behandeling niet te kort. Bovendien komt deze in de praktijk zelden of nooit voor. Zie de mem. van toel. op het Ontwerp 1865 uitg. Belinfante, bl. 119.

Komt nu de mondelinge behandeling, bij de thans door de wet aangewezen regeling daarvan, voldoende tot haar recht? Daaromtrent meen ik het volgende te moeten opmerken:

1°. De verhouding, waarin de wetgever de pleidooien stelt tegenover de conclusiën, de plaats welke hij aan de pleidooien aanwijst, geeft zeker aanleiding tot de in de memorie van toelichting op het ontwerp van 1865 in herinnering gebrachte stelling dat, naar ons recht, het oraal debat geen onmisbaar bestanddeel is van het civiel proces. Want de bepaling van art. 144, volgens welke partijen van de pleidooien kunnen afzien, en de wijze waarop de wetgever het nemen der conclusiën heeft geregeld, doet alleen deze als onmisbaar voorkomen, en dan kunnen de pleidooien niet anders dan als de ontwikkeling der genomene conclusiën beschouwd worden. Afwijkingen of aanvullingen van de genomene conclusiën bij de pleidooien, worden naar de wet met recht door den rechter voorbijgegaan, wanneer zij niet bij eene daartoe bestemde conclusie werden voorgedragen, en zelfs in dit laatste geval is het weinig twijfelachtig, dat die conclusie niet in aanmerking mag worden genomen, wanneer zij niet betreft zoodanig middel of bevoegdheid, waarvan in elken stand van het geding kan worden gebruik gemaakt. Het komt mij voor dat, als dergelijke conclusiën den eisch betreffen, zij alleen binnen de bij art. 134 gestelde grenzen kunnen toegelaten worden, daar de daar bedoelde wijziging of vermindering van den eisch tot den afloop der zaak wordt vrijgelaten. Wat de verwering betreft, kan natuurlijk dergelijke gewijzigde conclusie van eisch altijd bij conclusie beantwoord worden. Daar overigens de verdedigingsmiddelen aan de conclusie van antwoord gebonden zijn en die ten principale nog bij conclusie van dupliek kunnen worden voorgedragen, wanneer er althans bij het antwoord een verweermiddel op de hoofdzaak is voorgedragen, zal daartoe

ook bij latere conclusiën, indien tot het nemen daarvan naar art. 142 § 2 wordt overgegaan, wel gelegenheid moeten worden gegeven, doch anders niet. Toch zullen, waar zich gedurende den loop van het proces omstandigheden voordoen, welke in de verhouding van partijen met opzicht tot de zaak in geschil verandering of wijziging brengen, nadere conclusiën ook toegelaten moeten worden, wil men althans niet het recht door een te streng formalisme laten overheerschen. Aan den anderen kant zal men aan den schriftelijken grondslag van het proces vasthoudende, wat men m. i. behoort te doen, ofschoon onze wetgever dit in 1830 niet noodig achtte, de pleidooien aan dien eens gelegden schriftelijken grondslag moeten binden en daarom geen nadere conclusiën moeten toelaten.

2°. Met de strenge toepassing van het beginsel van 's rechters lijdelijkheid scheen bij ons moeilijk overeen te brengen de bevoegdheid des rechters om, naar aanleiding van de pleidooien, aan de pleiters inlichtingen te vragen wanneer de feiten niet voldoende opgehelderd, wanneer opzettelijke of toevallige reticentiën hebben plaats gehad, of wanneer strijd hetzij tusschen conclusie en pleidooi, hetzij in de voordracht zelve van den pleiter schijnt te bestaan. De ontstentenis van die bevoegdheid vermindert ook het gewicht van de mondelinge voordracht. Intusschen is het de vraag of de lijdelijkheid zóó streng moest worden opgevat. In Frankrijk en België begrijpt men het anders terwijl er geene bijzondere bepalingen daaromtrent bestaan. Thans staat het vast, naar het nieuwe tweede lid van art. 144, dat onze rechters zich meer vrijheid te dezen aanzien kunnen veroorloven, dan zij vroeger gewoon waren te doen. Zie Dl. I, bl. 113 vv.

Wanneer men nu in aanmerking neemt dat waar de schriftelijke grondslag in daartoe te nemen conclusiën noodzakelijk geacht moet worden en voor dwang tot het houden van pleidooien als de partijen hunne zaak in de conclusiën voldoende toegelicht achten, geen grond bestaat, terwijl zoo'n dwang ook het daarmede beoogde doel niet zou bereiken; wanneer men bedenkt dat er geen wisseling van schrifturen tusschen partijen buiten den rechter en de terechtzitting om meer plaats heeft; wanneer men let op de nu uitdrukkelijk aan den rechter toegekende bevoegdheid om bij de pleidooien opheldering te vragen en wanneer men met mij van oordeel is dat, bij gelegenheid van de pleidooien binnen de grenzen straks door mij aangewezen, nog conclusiën genomen kunnen worden, dan komt het mij voor dat thans geen reden meer bestaat om te beweren, gelijk ik dit vroeger

meende te mogen doen, dat onze wet de mondelijke behandeling niet voldoende tot haar recht laat komen.

Aanm. Nu wij eindelijk in de mondelinge behandeling der zaken tot eene afschaffing van de onderscheiding in gewone en summiere behandeling zijn gekomen, acht ik het toch niet overbodig, met behoud van het overzicht, dat ik van de wetgeving op dit punt vroeger gaf, de herinnering aan den jaren lang gevoerden strijd of, wil men liever, van de herhaaldelijk vruchteloos aangewende pogingen om tot de hervorming te komen, te bewaren, en het feit te constateeren dat ook wij nu kunnen zeggen: „omnia iudicia facta sunt extraordinaria".

Reeds in 1819 erkende de wetgever van Genève de ondeugdelijkheid der onderscheiding. De bezwaren, aan iedere a priori gemaakte classificatie verbonden, zijn hier zóó groot (Exp. des Motifs, p. 53), dat reeds daarom de onderscheiding in zaken van gewone en summiere behandeling niet is aan te bevelen. Tegen de wijze van behandeling der gewone zaken worden, t. z. p. bl. 76 vv., niet minder gewichtige bezwaren ingebracht. De invloed van dit wetboek had bij ons in het Wetboek van 1830 boven dien der fransche proces-orde gezegevierd. De onderscheiding van gewone en summiere zaken was vervallen; op het voorbeeld van Genève was het bepleiten der zaak op de eerste terechtzitting zonder eenige voorafgaande instructie, als regel aangenomen, terwijl de noodzakelijkheid van het wisselen van conclusiën afhankelijk werd gesteld van de beslissing des rechters, die daarvoor tevens de termijnen bepaalde. Zoo was onze wetgever zelfs tot eene nog eenvoudiger behandeling gekomen dan die van Gèneve voorschreef.

In 1837 meende men dat daarmede niet gezorgd was voor een behoorlijke litis-contestatie, doch in stede van daarin door enkele wijzigingen te voorzien, want de afwijking van den Code was nog al radicaal, keerde men tot de ongelukkige onderscheiding van gewone en summiere zaken, met al den nasleep daarvan, terug. De memorie van toelichting doet het zelfs voorkomen, alsof er tegenover de in 1830 aangenomen manier van procedeeren geene andere dan de gewone behandeling van den Code overstond, en alsof de wederinvoering daarvan zoo eenvoudig was dat zij zich zelve verdedigde. Zie de memorie v. t. bij v. D. HONERT, bl. 154.

In 1855 werd door de Regeering (Min. v. Just. DONKER CURTIUS) de afschaffing der onderscheiding voorgesteld, door eenvoudig de ge-

wone behandeling af te schaffen, en de Tweede Kamer stemde met dit voorstel in bij het over het wetsontwerp, tot vereenvoudiging in het beleid der justitie en in het Wetb. v. Burg. Regtsv., uitgebracht voorloopig verslag betreffende art. 21 van het Ontwerp. Sedert is in Frankrijk, in de onderscheidene geschriften, die over de noodzakelijke hervorming der procedure werden uitgegeven, in 1855 en volgende jaren door REGNARD, n°. 341, SELIGMAN, p. 144, BORDEAUX, p. 434, de gewone behandeling veroordeeld. Toch bleef zij behouden in het fransche Ontwerp van 1886. In Duitschland heeft men, bij de hervorming van de burgerlijke rechtspleging op het voorbeeld der fransche procedure, de gewone procedure evenmin nagevolgd en, in het Ontwerp van een Wetb. van Burg. Regtsv. in 1865 bij ons openbaar gemaakt, verviel natuurlijk de gewone behandeling. De summiere wordt daar als regel aangenomen, en deze wordt dus de gewone, met eene naar aanleiding van het verslag van 1855 toegelatene bevoegdheid tot het nemen van conclusiën van repliek en dupliek, altijd ter audientie, behalve bij zaken die op korten termijn behandeld worden, in welke deze conclusiën alleen op verlangen van beide partijen kunnen worden toegelaten. In dit Ontwerp is voorts eene niet ondoelmatige vereenvoudiging voorgedragen door de afschaffing van de beteekening eener procureurstelling en van de conclusie van eisch. De afschaffing van de procureurstelling is later niet zonder levendigen strijd daartegen in de Tweede Kamer (Handelingen 1894—95 II bl. 1135) tot stand gekomen en in de wet van 1896 bekrachtigd; de conclusie van eisch werd in het Ontwerp HARTOGH behouden en bleef dit in de wet van 1896. Deze laatste is uitsluitend het gevolg van een streng formalisme. De dagvaarding als gericht tegen de partij, moest den vorm krijgen van eene conclusie van eisch, om ook voor den rechter te kunnen gelden. Zie het Ontw. B. II, tit. I, art. 12 vv. en de Toelichting bl. 120 II en 123 IV.

Het behoud van de onderscheiding in de behandeling voor eenvoudige en omvangrijke zaken heeft toch ook nog bij ons zijne voorstanders lang behouden. Het werd in de Eerste Kamer met gezag verdedigd door Mr. VLIELANDER HEIN bij de beraadslaging over de begrooting voor Justitie op 26 Januari 1889 met wien evenwel Mr. PIJNAPPEL verklaarde niet eenstemmig te zijn. Zie Handelingen 1888—1889 I bl. 185 vv.

De verdere uitbreiding der mondelinge behandeling vond bij ons een verdediger in Mr. D. BINGER, De schriftelijke of de mondelinge rechts-

pleging? Amsterdam 1869 en in Mr. G. A. VAN HAMEL, bij de beoordeeling van dat werkje, N. Bijdr. XIX (1869), bl 325. Zie echter ook de beoordeeling van Mr. A. A. DE PINTO in Themis 1870 bl. 509.

Op den 5[den] Februari 1877 werd bij de Tweede Kamer een ontwerp van wet ingediend, door den Minister van Justitie VAN LIJNDEN toegelicht, houdende wijzigingen in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, hetwelk hoofdzakelijk beoogde, behalve de afschaffing van het procuraat, de invoering van de summiere procesorde in alle zaken met afschaffing van de gewone behandeling. De regeling der summiere behandeling was overgenomen uit het Ontwerp van 1865 en werd nader aangedrongen door de in 1876 ingevoerde wijze van procedeeren in cassatie. Zie de Mem. v. Toelichting § 4. Het bleek dat, ofschoon het voorstel bestrijders vond, vele leden zich met het algemeen maken der summiere behandeling konden vereenigen. De onderscheiden op dit punt in de afdeelingen ontwikkelde meeningen vindt men in het Voorloopig Verslag § 4 bl. 10—14 en de nadere behandeling daarvan in de Memorie van Beantwoording § 4 bl. 4—8. Het Ontwerp kwam, ten gevolge van de aftreding des Ministers, niet in openbare beraadslaging. Instemmende met het hoofddenkbeeld van het ontwerp ontwikkelde ik mijne bedenkingen vooral tegen de toepassing in bijzondere gevallen in: „Het summier proces in verband met de voorgestelde wijzigingen in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering" 1877. Zij, die bij deze gelegenheid in de Tweede Kamer het ordinair proces in bescherming namen, wilden dit evenwel hebben geschoeid op de leest van het duitsche Wetb. van Burgerl. Rechtsvordering § § 193, 230, 233, 244, 245 coll. §§ 202—206. Het blijkt daaruit evenwel niet of het de bedoeling was de duitsche procesorde ook daarin te volgen, dat het zwaartepunt van de behandeling in de mondelinge voordracht gelegd worde, zooals dit in het proces volgens de nieuwe duitsche wet het geval is. Zie § § 119, 120, 145, 128 coll. § 269 en 469. Cf. v. WILMOWSKY und LEVY Civilprozesord. I, bl. 131 vv. FITTING, der Reichscivilprozess § 36. WERNZ Grundzüge der deutschen Civilprozessordnung p. 27 vv.

§ 65. GEVOLGEN VAN HET ANTWOORD.

Beteekenis van het antwoord.

Het antwoord kan men in het algemeen die handeling van den verweerder noemen, waardoor hij zich inlaat met den strijd door den eischer aangevangen; de verweerder geeft daardoor te kennen, den

hem aangeboden strijd te aanvaarden. Men zou daarom deze handeling nog wel de litis-contestatie kunnen noemen, gelijk langzamerhand in de praktijk aangenomen was, toen zij het bilateraal karakter, hetwelk de litis-contestatio naar het Romeinsche recht had („post narrationem propositam et contradictionem obiectam" l. 2. C. de iurei. propt. cal. 2. 59), uit het oog verloor, dewijl de noodzakelijkheid voor den verweerder om zich in den strijd in te laten opdat een definitief vonnis tegen hem verkregen kon worden, en daarmede het „iudicio contrahitur" vervallen was. Doch waartoe zullen wij die uitdrukking van litis-contestatie als eene technische bezigen? Wij zouden ons onnoodig in de moeilijkheden begeven, waartoe de vaststelling van het juiste begrip der litis-contestatie aanleiding gaf, terwijl toch hare materieele gevolgen op de dagvaarding zijn overgegaan. Want de grond van het proces wordt door de dagvaarding gelegd, daartoe wordt geen handeling des verweerders meer gevorderd. Voor de dagvaarding die dan eene eenzijdige litis-contestatie zou genoemd kunnen worden, behoeven wij de benaming van litis-contestatie niet. Onze wetgever spreekt ook nergens van de litis-contestatie en knoopt daaraan geene gevolgen vast Hij verbindt enkele gevolgen aan het a n t w o o r d en, ofschoon bij de verklaring daarvan een terugblik op de litis contestatio soms niet overbodig zij, valt toch in de eerste plaats te onderzoeken, wat de wetgever met het a n t w o o r d bedoelt, als hij daaraan gevolgen verbindt. Dit onderzoek kan wel verwikkeld niet verlicht worden door de benaming van litis-contestatie er in te mengen.

Ik stel mij voor de beteekenis van a n t w o o r d bij elk der drie gevolgen daarvan in het bijzonder te onderzoeken. Hier wijs ik alleen daarop, dat het a n t w o o r d eene louter formeele beteekenis kan hebben en dan beteekent de c o n ç l u s i e w a a r i n d e s v e r w e e r d e r s a n t w o o r d op de conclusie des eischers is v e r v a t. Zonder uitsluitend op den vorm te letten, maar met inachtneming tevens van den inhoud der aangeduide dingtalen, zal het antwoord in meer bepaalden zin kunnen beteekenen: de beantwoording van den eisch met eene verdediging ten principale of ook met zoodanige exceptieve verdediging, die als van peremtoiren aard met eene verdediging ten principale kan worden gelijkgesteld. Dit is bijv. het geval met de drie exceptiën, welke volgens art. 160 (oud), bij uitzondering, vóór het antwoord ten principale mochten voorgesteld worden. Het exceptief karakter van deze middelen zat hem voornamelijk in die toelating van ze afzonderlijk voor te stellen. Verg. art. 3290 O. 1820. Naar haren

inhoud betreffen zij den grondslag der actie of het vervallen daarvan en staan zij alzoo met eene verdediging ten principale gelijk en kunnen zelfs daartoe in materieelen zin gebracht worden. Zoo ligt, in het beroep op gewijsde zaak en op dading, de bewering dat de actie steunende op de oorspronkelijke rechtsbetrekking waarover het geschil bij een gewijsde beslist of door eene dading uit den weg geruimd, vervallen is; bij de zgn. disqualificatoire exceptie wordt beweerd dat een der grondslagen van de actie ontbreekt. Ik zou dus van oordeel zijn dat, wanneer art. 141 § 2 (nieuw) bepaalt dat alle exceptiën met het antwoord ten principale tegelijk moeten worden voorgedragen op straffe van verval alle niet voorgedragen exceptiën, daaronder die peremtoire exceptiën in zooverre niet begrepen zijn, dat zij alleen vervallen, wanneer niet ten principale is geantwoord, maar dat wanneer een of ander van die exceptiën voorgedragen werd, het recht om nog andere middelen ten principale aan te voeren niet is vervallen en dat deze middelen, al konden zij niet meer in eersten aanleg worden aangevoerd, zij toch in hooger beroep nog zullen kunnen worden voorgedragen krachtens de bepaling van art. 348 „waaronder niet begrepen is het geval," enz. Zie Dl. V. bl. 109—117.

Terwijl de wetgever in art. 141 de exceptieve verdediging tegenover het antwoord TEN PRINCIPALE stelt, onderstelt hij dat elke verdediging, ook de exceptieve, als een antwoord op den eisch kan worden beschouwd, al ligt er in de meeste exceptieve verdedigingen veeleer eene ontwijking van den strijd, en alzoo van het antwoord in den beperkten zin. In ruimeren zin omvat dus het antwoord ook elke exceptieve verdediging.

Welke de beteekenis in de bijzondere gevallen zij, moet uit het verband, waarin van het antwoord gesproken wordt, en uit de ratio legis worden afgeleid.

Het antwoord heeft alleen formeele gevolgen. Die gevolgen zijn drie in getal.

Drie gevolgen.

I. De eischer is verplicht het geding voort te zetten in dien zin, dat hij nà het antwoord geen afstand van de instantie mag doen dan met toestemming van den verweerder. Art. 277.

Voortzetting van het geding.

Deed de eischer afstand zonder toestemming des verweerders, deze zoude, al werd die afstand hem behoorlijk beteekend, het geding

voortzetten en de rechter zou verplicht zijn vonnis te wijzen, hetwelk als een vonnis op tegenspraak gewezen zou moeten worden beschouwd. — De verweerder is tot de voortzetting van het geding verplicht, zoodra hij te dienende dage, d. i. op de eerstaangewezen terechtzitting, verschenen is. Zie art. 76 en 138, waarover later bij de behandeling van het vonnis bij verstek gewezen, in de IIIe Afdeeling van dit Hoofdstuk. Eens verschenen zijnde, kan hij niet anders dan met toestemming des eischers afstand doen, of liever van de voortzetting van het geding ontheven worden. Doch dan zal dit ook wel gepaard gaan met een toegeven aan de vordering of met een dading. Anders gaat het geding voort met gevolg als op tegenspraak.

Het gevolg van den afstand is, „dat alles over en weder in denzelfden staat is teruggebracht, als waarin de zaak was vóór de dagvaarding." Dus art. 278 n°. 1. De aanleg van het geding vervalt dus en daarmede is het geding uit; op de uitgebrachte dagvaarding en het daarop gegeven antwoord wordt niet voortgeprocedeerd, maar het recht des eischers blijft behouden; hij kan althans met evenveel of even weinig grond beweren, dat het hem toekomt, als hij dit bij de nu van gevolg beroofde dagvaarding gedaan heeft. Hij kan, m. a. w., op nieuw een geding tegen den gedaagde aanvangen. Alleen het geding, zooals het aangevangen en tot dusver gevoerd was, is uit, d. i., deze zaak is afgedaan. Daarom had de wetgever nauwkeuriger gesproken, als hij niet had gezegd dat alles in dien staat wordt teruggebracht, waarin de zaak was voor de dagvaarding; maar dat de partijen in dien toestand, in die verhouding tot elkander, worden teruggebracht, waarin zij tot elkander stonden vóór de dagvaarding. Cf. art. 403, C. de Pr. „les choses" W. 1830, art. 234. Afstand van den eisch in dien zin, dat daarmede ook van het door den eisch gehandhaafde recht wordt afgezien, kan de eischer altijd doen en, tegen betaling der kosten, in elken stand van het geding. Wordt die afstand behoorlijk geconstateerd dan is de gedaagde tegen de herhaalde instelling van den eisch volkomen beveiligd.

Welke is de grond der bepaling, dat de eischer eenzijdig afstand kan doen vóór het antwoord, mits betalende de kosten, en dat hij nà het antwoord daartoe niet meer bevoegd is, al betaalde hij de kosten indien de tegenpartij in den afstand niet toestemt? Die grond is deze, dat de afstand vóór het antwoord den verweerder alleen geldelijk benadeelt, nà het antwoord hem een recht ontneemt. Vóór het antwoord

heeft de verweerder, ten gevolge van de daad des eischers, nog niets anders gedaan dan kosten gemaakt; is nu de eischer oorzaak dat zij vruchteloos werden gemaakt, hij zal ze daarom moeten vergoeden. Maar verder benadeelt hij den verweerder ook niet. Hij ontneemt hem niet willekeurig een door hem verkregen recht. Anders is het nà het antwoord. Met te antwoorden, met de inlating in den strijd of de aanvaarding daarvan, heeft ook de verweerder zijnerzijds de hulp des rechters ingeroepen en is de rechter verplicht geworden, zoowel voor hem verweerder als voor den eischer vonnis te wijzen; de verweerder heeft alzoo aanspraak gekregen op een vonnis en heeft belang dit te bekomen, ten einde niet op nieuw met een rechtsgeding over dezelfde vordering te worden bekommerd. Die aanspraak, dat recht, mag noch kan de eischer den verweerder tegen zijn wil benemen, te minder omdat hij hem zelf tot het antwoord noodzaakte of althans daartoe aanleiding gaf.

De onderscheiding, door art. 277 gemaakt, is alzoo alleszins gerechtvaardigd en terecht door onzen wetgever in de wet opgenomen. De fransche Code maakt het onderscheid in artt. 402 en 403 niet; hij wil dus eigenlijk de toestemming zoo vóór als ná het antwoord, doch uitleggers, als Boitard I, n°. 590 (p. 595), nemen de onderscheiding toch aan. Zij beschouwen daarbij evenwel den eenzijdigen afstand des eischers als geldig, wanneer de gedaagde zich bepaald heeft tot het opwerpen eener exceptie van onbevoegdheid of nietigheid. Verg. ook Bourbeau contin. de Boncenne V, p. 687.

Toen de bepaling van art. 277 voor het eerst werd voorgedragen, lichtte de Regeering haar toe met te zeggen, dat er nà het antwoord litis-contestatie is en alzoo door dat antwoord eene o v e r e e n k o m s t t u s s c h e n p a r t ij e n geboren wordt, om haar twistgeding door den rechter te doen beslissen (v. d. Honert, B. R. op § 277). De Pinto neemt deze redeneering over en ziet daarin dan de toepassing van den algemeenen regel van art. 1374 B. W. (II, bl. 409), Daarmede wordt alzoo de romeinsche rechtsleer gehuldigd, welke in de litis-contestatio een quasi-contract ziet, waaruit verplichtingen als uit een contract voortkomen, de leer in l. 3 § 11 D. de peculio 15,1 uitgedrukt: sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita i u d i c i o c o n t r a h i; Keller, Lit. cont. u. Urtheil. § 14. v. Savigny VI, bl. 31. Deze laatste heeft zeker gelijk als hij beweert, dat hier een contract g e f i n g e e r d wordt en dat Donellus met het beweren, dat hier stilzwijgend een contract zou zijn gesloten, nog niet bewees dat er werkelijk een contract bestaat, omdat hij voorbijzag dat altijd de vrije toestemming ontbreekt.

Maar men moet dan, dunkt mij, ook aan de fictie van een contract vasthouden en hier alleen in dien zin van een quasi-contract spreken. Vergelijking met negotiorum gestio of tuteel is minder juist, omdat daarbij geen contract gefingeerd wordt, maar de obligatio uit deze handelingen ontstaande gelijk gesteld wordt met de zoodanige. welke uit een contract voortspruiten, quasi EX contractu. Hoe dit alles evenwel zij, wij kunnen voor ons recht die geheele fictie gerust laten varen. Het punt, waarop het hier aankomt, heeft die fictie tot zijne verklaring niet noodig. De verklaring daarvan werd hierboven door mij gegeven zonder de hulp van dat gefingeerd contract, en zij stemt overeen met hetgeen de Regeering bij de herziening van de bepaling in 1835 zeide (v. D. HONERT, t. a. p.) De behandeling van den eischer, die afstand deed zonder toestemming des verweerders, ware onrechtmatig en zou de gevolgen moeten hebben, in art. 1401 B. W. aan eene onrechtmatige daad verbonden, indien de wetgever zijn verbod niet nog krachtiger kon handhaven, nu hij bij machte was daaraan alle gevolg te ontzeggen en dus het veroorzaken van schade zelfs te voorkomen. Dat de romeinsche leer ook bij de nieuweren wordt gevolgd, kan volstrekt niet bevreemden. Ook bij de fransche processualisten komt zij voor. RAUTER, Cours § 59 en 115. Bij ons vond ik in een vonnis van de Rechtbank te Amsterdam van 4 Mei 1877 W. n°. 4139 de overweging „dat dus ook ons regt, evenals het Romeinsche, het begrip van litis-constestatie als overeenkomst kent''; doch ik twijfel of die m. i. onjuiste stelling wel eene juiste conclusie is uit de voorafgaande premissen. Men vergete niet, wat SAVIGNY opmerkte, dat de contracts-natuur aan de litis-constestatie werd toegekend om aan de gevolgen, welke de rechtstrijd uit zijn aard moest medebrengen, een zekeren en daarvoor passenden juridischen grondslag te geven; t. a. p. bl. 34. En waaruit zal nu bij ons de noodzakelijkheid der fictie blijken? Haar zonder noodzaak aan te nemen ware volstrekt geene onschuldige zaak. Vooreerst zou men dan ook op den eigenmachtigen afstand de bepalingen omtrent het niet nakomen van overeenkomsten moeten toepassen, wat evenwel niemand beweert en de wet zelfs uitsluit (Cf. vonnis Amsterdam 21 September 1876 W. n° 4071). Ten andere komt men er dan licht met RAUTER toe om door het antwoord, als door de rom. litis-contestatie, eene novatie te doen ontstaan, terwijl de romeinsche litis-consumtio bij ons geheel is weggevallen en noch door het instellen van den eisch, noch door het antwoord de oorspronkelijke verbintenis wordt opgeheven. Cf. UNGER. § 127, bl. 530 en v. Eens op dien

weg, kan men dan allerlei gevolgen, welke wij gezien hebben dat naar ons recht aan de dagvaarding verbonden zijn, aan het antwoord blijven vastknoopen. Verg. RAUTER, t. a. p.

De afstand kan niet geschieden nà het antwoord, dus niet nadat de verweerder de conclusie van antwoord waarvan in art. 142 j°. 141 sprake is, heeft voorgedragen.

Zal het om het even zijn, welke de inhoud dier conclusie is? Gesteld, zij bevat niet anders dan eene exceptie; dit kan ook thans nog voorkomen, indien de gedaagde zich het bij art. 141 gedreigde verval desnoods wil getoosten. Nu zou men kunnen meenen, dat de ratio legis deze onderscheiding wettigde, dat de conclusie des verweerders, die niet anders dan eene declinatoire of dilatoire exceptie (zie I, § 36, bl. 322 v.) bevat, met het oog op haren inhoud geen antwoord is op den eisch, omdat over den eisch zelven dientengevolge nog geen strijd zal worden gevoerd. Ja zelfs zou men kunnen zeggen, dat de eischer, door nà zoodanige conclusie afstand te doen, aan het verlangen van den verweerder toegeeft. De verweerder heeft dan inderdaad nog geen vonnis van den rechter over den eisch gevraagd; integendeel, hij vraagt dat deze rechter in 't geheel niet of dat hij vooralsnog niet daarover zal vonnissen. Dit doel wordt voor hem door 's eischers afstand bereikt en als de verweerder zijne kosten vergoed krijgt, lijdt hij geen schade. Dus BOITARD hierboven aangehaald. Daar staat evenwel tegenover, dat de eischer, al is het niet waarschijnlijk, toch bij denzelfden rechter zou kunnen terugkomen, als de verweerder bijv. diens onbevoegdheid had beweerd. Zal hij ook niet kunnen terugkomen vóór den door den verweerder beweerden tijd, als de exceptie door dezen voorgesteld eene dilatoire was? Alleen wanneer de verweerder zich op eene nietigheid beriep, is 't zoo goed als zeker, dat de eischer, na afstand gedaan te hebben, hem niet weder tot een geding over dezelfde nietigheid zoude nopen. Deze overwegingen leiden mij tot het besluit dat, terwijl de wetgever niet uitdrukkelijk onderscheidt, en de ratio legis ook niet afdoende is om eene door den wetgever implicite gemaakte onderscheiding aan te nemen, de afstand niet zonder toestemming des verweerders kan plaats hebben, zoodra deze heeft geantwoord, hetzij dan exceptief of ten principale. Hem moet ook in deze gevallen verzekerd blijven het recht om van den rechter een vonnis te verkrijgen, dat hij toch ook op deze exceptie naar aanleiding van den ingestelden

eisch heeft gevraagd. Het komt mij voor dat de leer van het „contrat" of „quasi-contrat judiciaire" op de beslissing van deze vraag bewust of onbewust haren invloed heeft uitgeoefend. Aan een contract of quasi contract is zeker niet te denken wanneer de verweerder het geschil op een ander terrein brengt dan waarop de eischer hem daagde. Maar de verweerder heeft in beide gevallen, of hij op de hoofdzaak of exceptief antwoordde, het recht op een uitspraak des rechters verkregen en de eischer die daartoe aanleiding gaf, den verweerder indirect noodzaakte om dit te doen, mag hem niet willekeurig dat recht ontnemen. De ongerechtvaardigde invloed van het contrat judiciaire dat noch werkelijk, noch quasi gesloten wordt blijkt duidelijk bij DE PAEPE Etudes sur la compétence civile 4e étude n°. 27—29 I bl. 300.

Wanneer men let op de onzekerheid waartoe de fransche wet aanleiding geeft door het gemis eener uitdrukkelijke bepaling die onderscheid maakt tusschen 's eischers bevoegdheid tot afstand voor en na het antwoord; wanneer men nagaat welk een bont verschil van gevoelens over de bevoegdheid des eischers, vooral met betrekking tot het tijdstip waarop hij afstand kan doen, onder de schrijvers over het gemeene Duitsche procesrecht bestond (zie daarover KLEINSCHRODT Klagänderung bl. 67—74) dan komt het mij voor dat onze wetgever wèl deed dit punt duidelijk te beslissen en dat hij het ook juist beslist heeft.

De Civilprozessordnung neemt in hoofdzaak hetzelfde aan, doch laat uitdrukkelijk de eenzijdige „Zurücknahme der Klage" toe, zoolang de gedaagde niet op de hoofdzaak heeft geantwoord. Eerst na dit antwoord wordt toestemming des gedaagde vereischt § 243 coll. 247, thans § 271 coll. 273.

Bij ons is 't, gelijk wij zagen, een open vraag, welk antwoord de wet bedoelt en kwam ik tot de conclusie dat ook een exceptief antwoord den eigenmachtigen afstand uitsluit. Onder de schrijvers over het gemeene duitsche recht werd dit gevoelen voorgestaan door EMMINGHOVEN. Vgl. KLEINSCHRODT t. a. p. bl. 73.

De afstand laat het recht des eischers, waarover hij den strijd aanving, ongedeerd; het bestaat of bestaat niet, evenals toen er nog geen dagvaarding werd uitgebracht. De eischer geeft alleen zijn recht op om den aanleg voort te zetten en de gedaagde geeft, door zijne toestemming, het door zijn antwoord verkregen recht op een vonnis

op. Afzien van de voortzetting van het geding behoort wel onderscheiden te worden van afzien van het recht waarover het geding aanhangig is gemaakt. Toch betreffen die handelingen van beide partijen niet eenvoudig de instructie van het proces. Zij geven rechten op en vandaar dat persoonlijke verschijning van partijen ter terechtzitting of volmacht voor den procureur noodig is; art. 278. — De afstand werkt van rechtswege; eene uitspraak des rechters is daartoe niet noodig. De handelingen der partijen zullen, evenals elke andere, op het audientieblad aangeteekend kunnen worden, als de afstand en toestemming ter terechtzitting geschieden. Daarvan kan dan, zooals het in de praktijk heet, aan de partijen acte verleend worden.

Zie verder over den afstand van de instantie, Dl. III § 86.

Verval van exceptiën.

II. Na het antwoord kan de verweerder geene declinatoire noch dilatoire exceptiën meer voorstellen, behalve de exceptie van onbevoegdheid des rechters ratione materiae, en indien hij zich bij het voordragen eener exceptie bepalende, niet ten principale geantwoord heeft, verliest hij daartoe het recht, Art. 141 § 2, arg. art. 156.

In de hier aangehaalde bepalingen wordt gezegd, dat de gedaagde de daar bedoelde exceptiën, op straffe van verval der niet voorgedragene, tegelijk met zijn antwoord ten principale moet voordragen. Een antwoord op den eisch gegeven, zonder dat de hier bedoelde exceptiën daarbij worden voorgesteld, heeft alzoo ten gevolge, dat de bevoegdheid om ze voor te stellen verloren gaat. De exceptie is dan gedekt. Uitzondering wordt alleen gemaakt voor de exceptie van beraad, waarvan in art. 141 § 3 de rede is. Deze kan uitsluitend den inhoud van het antwoord uitmaken zonder dat daardoor andere verweermiddelen gedekt worden. Uit de aangehaalde bepalingen blijkt voldoende, dat de verdediging die de exceptiën doet vervallen, niet altijd eene verdediging ten principale behoeft te zijn, zoodat ook hier het antwoord in een algemeenen zin wordt genomen. Want alleen dan wanneer het antwoord een middel ten principale bevat, wordt ook het aanvoeren van nog andere middelen ten principale bij conclusie van repliek toegelaten.

Behalve de exceptie van onbevoegdheid, ratione materiae. De bepaling van art. 156, welke den rechter de verplich-

ting oplegt om zich ambtshalve onbevoegd te verklaren, al is de exceptie van onbevoegdheid niet voorgesteld, sluit wel in zich dat het beroep daarop aan den verweerder in elken stand van het geding vrijstaat. Alleen vervalt ook de onbevoegdheid r. m. wanneer de verweerder zich er niet op beroept in het geval van art. 157. En dit zal de verweerder op straffe van verval dadelijk bij zijn antwoord moeten doen.

Verval van reconventie.

III. De bevoegdheid om een eisch in reconventie in te stellen vervalt, indien dit niet dadelijk bij het antwoord is gedaan. Art. 251.

„Zal hier het antwoord in zoo algemeenen zin moeten opgevat worden, dat het ook te verstaan is van conclusiën, waarbij eene declinatoire of dilatoire exceptie wordt voorgesteld? Neen. Immers de verweerder maakt gebruik van de omstandigheid, dat hij dit geding bij dezen rechter moet voeren, om nu ook van zijne zijde eene vordering bij dien rechter in datzelfde geding aan te brengen. Wat zal de reconventie geven, wanneer de verweerder de jurisdictie van den rechter declineert, wanneer hij verlangt dat deze rechter over de ingestelde vordering niet zal oordeelen, hetzij omdat hij onbevoegd of omdat de dagvaarding nietig is, of dat hij nog niet daarover oordeelen zal en de verweerder daartoe eene dilatoire exceptie voorstelt? Zie echter het Ontwerp, B. II tit. 1 art. 37 en de toel. (uitg. Belinfante), p. 134."

Dus redeneerde ik onder vigeur van de wet van 1838. Nu evenwel, naar de herziening van 1896, de verweerder gehouden is alle exceptiën en zijn antwoord ten principale te gelijk voor te dragen, lijdt het geen twijfel of ook de reconventie moet daarmede vereenigd worden, zelfs indien de verweerder zich tegenover de conventie bij een beroep op 's rechters onbevoegdheid mocht bepalen. Doch hij zal de bevoegdheid om een reconventioneelen eisch in te stellen niet verwerken, indien hij zich, krachtens art. 141 § 3, bepaalt tot het voorstellen van de exceptie van beraad. Evenmin wanneer hij de zekerheidstelling van art. 152 vordert. Want behalve dat hij die vorderen mag „alvorens eenige weren van rechte of tegenzeggen te doen", zoo kan de daartoe strekkende conclusie niet dan oneigenlijk eene conclusie van antwoord genoemd worden. Wel zou men zich kunnen voorstellen dat in een vonnis bij 't relaas der feiten en procedures werd gezegd, dat de verweerder de conclusie van eisch heeft beantwoord met eene vordering tot zekerheidstelling, maar het valt in

het oog dat eene nauwkeurige rechtstaal vordert dat gezegd ware: dat de verweerder, zonder op den ingestelden eisch te antwoorden, heeft gevorderd enz..

In hoeverre geen schorsing?

Met de gevolgen van het antwoord kan nog in verband gebracht worden de uitsluiting der schorsing van het rechtsgeding door den dood van eene der partijen, door verandering van den (persoonlijken) staat van eene der partijen, en door het ophouden van de betrekking waarin eene of andere der partijen het geding voerde, in zoover als in deze gevallen de schorsing geen plaats heeft, zoodra de conclusiën ter terechtzitting zijn genomen. Art. 254, n⁰. 1—3, 255 § 1 en 2.

Het is niet het antwoord als zoodanig, dat in de genoemde gevallen de schorsing uitsluit. Daarom hebben we hier niet met een gevolg van het antwoord te doen. Wanneer art. 255 § 2 spreekt van „zoodra de conclusiën op de terechtzitting zijn genomen" dan ligt daarin kennelijk een terugslag op de bepalingen betreffende de vroegere gewone behandeling in de artt. 142—147 (oud) geregeld, waarin de tegenstelling ligt van beteekende schrifturen en het dienen van conclusiën ter terechtzitting, eene tegenstelling, welke bij de summiere behandeling wegviel, waarbij alleen van conclusiën ter terechtzitting sprake was. Naar de nieuwe wet worden niet anders dan conclusiën ter terechtzitting genomen en zoo ware het thans voldoende dat art. 255 § 2 eenvoudig zeide: „zoodra de conclusiën genomen zijn". Maar de kennelijke terugslag welke nu in het artikel ligt op de bepalingen van artt. 140—142 (nieuw) brengt mede dat, om naar art. 255 § 2 het geding voor in staat van wijzen te houden, het nemen van de in artt. 140—142 aangewezen conclusiën moet zijn afgeloopen, zoodat gelijk art. 144 het uitdrukt „na het wisselen der conclusiën" een dag voor de pleidooien is bepaald. Het eigenlijk antwoord nu wordt door den verweerder in den regel bij zijne eerste conclusie gegeven. Maar de wetgever heeft hier de schorsing uitgesloten, niet omdat er geantwoord is, maar omdat het geding in staat van wijzen is. Dit nu heeft plaats als het nemen van conclusiën ter terechtzitting is afgeloopen, omdat dan de zaak, die op het oogenblik tusschen partijen onderwerp van geding uitmaakt, voldoende is geïnstrueerd, zoodat de rechter vonnis kan wijzen. Hij moet daartoe beide partijen gehoord hebben, de zaak moet tot op de pleidooien geïnstrueerd zijn.

In het in art. 254 n°. 4 genoemde geval, „de dood of het verlies van de betrekking van een der procureurs", wordt de schorsing eerst uitgesloten, als de pleidooien zijn afgeloopen. In dat geval wordt tot den staat van wijzen de afloop der pleidooien gevorderd, omdat ook bij die pleidooien de procureur moet fungeeren als vertegenwoordiger der partij op de terechtzitting. In de drie eerste gevallen kunnen de pleidooien voortgang hebben, omdat hetgeen voor de vaststelling van het onderwerp van het geschil noodig is, dan heeft plaats gehad, en daarin toch geen verandering kan gebracht worden. Dit is althans in den regel de verhouding van de pleidooien tot de conclusiën, en die regel heeft de in art. 255 gemaakte onderscheiding voorgeschreven.

Men zou wellicht kunnen beweren, dat in het vierde geval de schorsing zou moeten plaats hebben tot zoolang het O. M. niet heeft geconcludeerd, omdat ook bij die gelegenheid de procureur nog wel iets te verrichten kan hebben. Zie art. 328, § 2. Doch dit is geene tot de instructie van het geding behoorende handeling. Zij zal naar art. 328 even goed door den advocaat verricht kunnen worden.

Over de schorsing en hervatting van het geding, Dl. III § 89.

§ 66. HET KORT GEDING VOOR DEN PRESIDENT DER ARRONDISSEMENTS-RECHTBANK.

Wijze van procedeeren.

Ten aanzien van de wijze waarop in kort geding voor den President geprocedeerd wordt, bevat de wet geene enkele bijzondere bepaling. Alleen omtrent de dagvaarding worden bijzondere voorschriften gegeven, waarbij uitdrukkelijk of stilzwijgend van de algemeene wordt afgeweken. De instructie zal als in andere zaken, doch wel altijd als in die op korten termijn, moeten plaats hebben.

Over de bevoegdheid van den President, de zaken die het voorwerp van de rechtspraak in kort geding kunnen zijn, zie I, § 44.

Bij de dagvaarding behoeven niet de termijnen in acht genomen te worden, welke in art. 7 vv. en in art. 301 (zie § 58) zijn voorgeschreven. De eischer in kort geding moet dagvaarden — dit is de regel — tegen den dag, waarop de President de terechtzitting in kort geding houdt, en welken deze volgens art. 289 moet bepalen. Maar de termijn is door de wet niet bepaald, hij is daardoor afhankelijk gelaten van de omstandigheden en de President zal beoordeelen of, naar

gelang van die omstandigheden, de termijn te kort is gesteld. Het is waar, eene uitdrukkelijke bepaling dat de gewone termijn niet geldt, komt hier niet voor, maar art. 7 spreekt toch alleen van de kantongerechten, de arrondissements-rechtbanken en de hoven, en wat zou anders beteekenen de bepaling van art. 289: „de vordering wordt ingebracht op eene terechtzitting te dien einde te houden op de daartoe door hem bepaalde vaste dagen"? Welk verband zou dit voorschrift hebben met den hier noodigen spoed, waarmede het door den wetgever in onmiddellijk verband gebracht wordt, als de gewone termijn moet gevolgd worden en dus niet meer spoed dan gewoonlijk gemaakt werd? En waaruit anders te verklaren, dat hier in de w e t zelve aan den President de verplichting wordt opgelegd, om de vaste dagen te bepalen, terwijl deze bepaling anders in het reglement op den inwendigen dienst zou tehuis behooren? Er bestaat hier alzoo eene uit de bepaling der wet noodzakelijk voortvloeiende afwijking van den algemeenen regel, en daarmede vervalt het argument van DE PINTO, § 217, II, bl. 418, voor het tegenovergestelde gevoelen, dat volgens hem van zelf spreekt. CARRÉ, Procédure Q 2767, naar wien DE PINTO verwijst, zegt dan ook lijnrecht het tegendeel, en CHAUVEAU vereenigt zich met dat gevoelen, hetwelk in Frankrijk alleen door DEMIAU bestreden werd. In het Ontwerp, welks steller DE PINTO volgt, komt dan ook terecht eene uitdrukkelijke bepaling voor, welke den kortsten termijn voorschrijft.

Kan de door den President bepaalde vaste dag niet afgewacht worden, dan kan de dagvaarding, krachtens bevel des Presidents, op mondelinge aanvrage te verleenen en door den deurwaarder aan het hoofd van het exploit te plaatsen, geschieden tegen een anderen dag, zelfs tegen een Zondag, en verder op het uur door den President te bepalen; art. 289 § 2 en 290. In 't voorbijgaan merk ik op dat, indien de uitleg, door DE PINTO aan art. 289 § 1 gegeven, als zoude het de inachtneming van den gewonen termijn medebrengen, juist is, ook in het geval bij § 2 bedoeld en om dezelfde reden de gewone termijn zou moeten worden in acht genomen. Er is hier geen kwestie van een termijn die in acht genomen moet worden, maar van een bepaalden dag tegen welken gedagvaard wordt hetzij deze dag door den President in het algemeen is aangewezen of door hem voor een bijzonder geval bepaald. Daarvan zal dan de termijn afhangen.

Wanneer er van den gewonen dag der terechtzittingen wordt afge-

weken, kan de President ook last geven, — en ook daarvan moet de deurwaarder melding maken aan het hoofd van zijn exploit — dat de terechtzitting te zijnen huize worde gehouden. Daarbij had de wetgever ook wel de bepaling mogen voegen, dat de openbaarheid wordt uitgesloten. Want gelijk alle terechtzittingen openbaar zijn, moet die van den President, of hij ze houde in het rechtsgebouw of in zijn eigen huis, openbaar zijn. Naar de tegenwoordige lezing van de bepaling der Grondwet, nu de wetgever voor de uitsluiting der openbaarheid de vrije hand heeft en niet meer gebonden is aan het belang der openbare orde en zedelijkheid (art. 161 Gw. 1887 coll. 156 Gw. 1848) kan tegen eene uitzondering door bepaling der wet geen bezwaar bestaan en is zij noodzakelijk te achten.

De dagvaarding kan hier, gelijk bij de kantongerechten, geheel worden weggelaten, wanneer partijen vrijwillig voor den President verschijnen, wat hun vrijstaat. Art. 290 § 2 B. R.

Er wordt bij ieder college eene afzonderlijke rol gehouden van de zaken, die voor den President in kort geding worden behandeld. Art. 43 regl. n°. 1.

Door de opneming van de regelen van het kort geding in eene afdeeling van den derden titel, over de manier van procedeeren bij de rechtbanken enz., zijn de regelen voor de procedure bij de colleges voorgeschreven, noodzakelijk ook hier van toepassing, voor zooverre zij niet uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn uitgesloten. De opneming in den derden titel sluit de toepasselijkheid van de bepalingen van den tweeden, bijzonder betrekkelijk tot de kantongerechten, uit, al ware de analogische toepassing daarvan voor de justiciabelen niet verwerpelijk. Het Ontwerp heeft dan ook de zuiver mondelinge procedure, die bij den kantonrechter is voorgeschreven, hier uitdrukkelijk toepasselijk verklaard. B. II, tit. IV, art. 4. Daarmede vervalt de noodzakelijkheid van schriftelijke conclusiën, die wij naar onze wet moeten aannemen. Doch de procedure op korten termijn zal wel van zelf daaruit volgen dat, indien de President slechts ééne zitting in iedere week houdt, de dagvaarding van zelf op korter dan den gewonen termijn wordt gedaan en dat in ieder geval de als noodzakelijk vooronderstelde spoed wel die procedure meebrengt, welke voor het geding op korten termijn is bepaald art. 145. De laatste woorden van art. 291 zijn in denzelfden geest geschreven.

Uit het gezegde volgt tevens dat, naar onze wet, de vertegenwoordi-

ging door procureurs noodzakelijk is, al sluit het Ontwerp die noodzakelijkheid terecht uit in art. 4 § 2. De argumenten voor die vertegenwoordiging door DE PINTO aangevoerd t. a. p. zijn, dunkt mij, door OUDEMAN I. § 153, bl. 236 v. niet ontzenuwd. Het antwoord door de Regeering, bij de behandeling van art. 290 gegeven, volgens hetwelk de procureurs niet noodig geacht worden en hunne tusschenkomst daarom niet is voorgeschreven, is hier niet anders dan een gevoelen over de interpretatie der wet, eene interpretatie, welker juistheid door de regeling van het onderwerp in de 18e afd. van tit. III wordt weersproken, en geheel weerlegd door de regeling van des procureurs salaris en voorschotten in kort geding door den wetgever zelven bij het tarief, waarop DE PINTO zich terecht beroept. Want waartoe die regeling, tenzij de procureur als zoodanig hier verschijnt en dus ook hier zijne tusschenkomst verplicht is? Waartoe anders ook niet het salaris des procureurs geregeld voor eene verschijning ter terechtzitting van den kantonrechter? Met die regeling bij het tarief vervalt een argument, dat de fransche schrijvers voor het tegenovergesteld gevoelen plegen aan te halen, hetwelk onder den Code door de meesten verdedigd wordt. Zie CARRÉ ed CHAUVEAU t. a. p. Q 2768. Uitzonderingen op de verplichte vertegenwoordiging vloeien m. i. voort uit eene bepaling als van art. 604, volgens hetwelk de schuldenaar, die zich tegen de gijzeling verzet en eene onverwijlde uitspraak verlangt, dadelijk wordt gebracht voor den Voorzitter van de rechtbank. Maar dat is een geheel bijzondere toepassing van het référé. Want dat dadelijk brengen maakt de verschijning ook onafhankelijk van dagvaarding en van eenig uur of dag door den President te bepalen, nog veel meer van de door hem bepaalde vaste dagen.

Ook de kantonrechter die, volgens art. 665, bij verzet tegen verzegeling, de zaak aan de uitspraak van den President onderwerpt, heeft natuurlijk geen procureur noodig, evenmin als wanneer hij weigert de zegels op te heffen.

Heb ik, bij de beantwoording van de vraag, of conclusiën moeten worden genomen en of de vertegenwoordiging door procureurs noodzakelijk is, in de eerste en voornaamste plaats mij op het systematisch argument beroepen, op de plaatsing nl. van dit onderwerp in eene afdeeling van tit. III, ik acht die plaatsing zelve zeer onsystematisch, en had men bezwaar tegen de regeling van het onderwerp in verband met de tenuitvoerlegging der vonnissen, als in C. de pr. B. V. tit. 16,

er bestond geen reden om er niet een afzonderlijken titel aan te wijden, zooals met het onderwerp van den V^{en} titel is geschied dat aanvankelijk (W. 1830) in eene 18^e afd. van tit. III was opgenomen. Voor wien het systematisch argument in dezen niet overwegend is, hem mag wellicht het dan aan te nemen stilzwijgen des wetgevers over de vraag vrijheid geven om in de meerdere of mindere doelmatigheid der regeling eene beslissing te zoeken. Zeker gaat het systematisch argument niet op voor de bepaling van des Presidents betrekkelijke bevoegdheid die afhankelijk is van en bepaald wordt door de plaats waar de handeling waartegen voorziening gevorderd wordt, ondervindt Zie daarover mijn opmerkingen in het Rechtsg. Magazijn 1896 bl. 414.

De conclusiën van het O. M. vallen weg. Zie CARRÉ Q 2769. Intusschen doet de President uitspraak in gevallen, die even goed als andere gedingen onder die van art. 324 kunnen gebracht worden. Maar het O. M. is geroepen conclusiën te nemen ter terechtzitting en moet in verband daarmede altijd op de terechtzitting tegenwoordig zijn. Die terechtzitting kan, in het verband waarin daarvan in art. 322 gesproken wordt, geene andere zijn dan de terechtzitting van den rechter, bij wien het O. M. geplaatst is. En nu is het wel bij de rechtbank, maar niet bij den President geplaatst.

§ 67 BEHANDELING VAN HET GEDING BIJ DEN KANTONRECHTER.

Verschilpunten.

De behandeling van het geding voor den kantonrechter verschilt van die voor de colleges vooral hierin:

1°. dat soms eene dagvaarding kan gemist worden;

2°. dat vertegenwoordiging der partijen niet verplicht is, vermits zij zelve in persoon of door een gemachtigde kunnen verschijnen;

3°. dat geene schriftelijke conclusiën behoeven te worden genomen,

4°. dat er, voor de burgerlijke zaken, geen Openbaar Ministerie is; dus van die conclusiën nimmer sprake kan zijn. Art. 99.

Ad 1um. Zie art. 43 R. O. Art. 99 B. R. en hierboven bl. 9.

Ad 2um. Van de in § 62 besproken voorbereidende handelingen,

valt alzoo de procureurstelling door den gedaagde weg, maar ook het op de rol brengen van de zaak zooals dit in art. 37 Regl. nº. I voor de colleges is bepaald. Al bevat het eerste hoofdstuk van dat Reglement algemeene bepalingen, van de derde afdeeling wordt slechts in enkele artt., 27 en 28, van de kantongerechten melding gemaakt en de instelling van de rol wordt in art. 35 uitdrukkelijk beperkt tot „de griffie van den Hoogen Raad, alsmede van ieder Gerechtshof en Arrondissements-Rechtbank" terwijl eene bijzondere bepaling het houden van een afzonderlijke rol voor het kort geding voorschrijft, art. 43. Zoo kan er ook bij de kantongerechten van eene verplichting des eischers om de zaak ter rolle te doen inschrijven geen sprake zijn. Dat er daarom feitelijk wel een lijst van de zaken wordt gehouden en dat hij die gaarne vóór anderen geholpen wil zijn, zich wel vooraf zal aanmelden ligt voor de hand. Ook zal de griffier of de deurwaarder wel zorgen dat er vóór de terechtzitting eene opgave worde gedaan; de noodige orde in de behandeling maakt dat wel noodzakelijk.

Niet alleen valt de vertegenwoordiging door procureurs weg, maar ook de bijstand van advocaten wordt ondersteld in den regel niet noodzakelijk te zijn. De partijen, dit onderstelt de wet, kunnen in persoon verschijnen omdat het geheele proces zoo spoedig mogelijk afloopt en dus mag aangenomen worden, dat het partijen niet aan tijd noch gelegenheid daartoe ontbreekt. De eenvoudige procedure, zooals die in art. 99 beschreven wordt en die nagenoeg alle vormen uitsluit, doet de partijen zelve tot het voeren van het geding in staat achten. Kan deze behandeling het gevolg zijn van de mindere waarde van het onderwerp des geschils, van de wenschelijkheid van meerderen spoed, welke hier soms op den voorgrond komt? Zeker volgt uit het een en ander niet de meerdere geschiktheid der partijen noch de overbodigheid van een door meer vormen gewaarborgd grondiger onderzoek, maar de geringe waarde en de wenschelijke spoed maken vermijding van meer kosten en meer omslag noodzakelijk. Verg. Mr. A. Oudeman in Themis IX (1848) bl. 212.

De alleenrechtspraak is voor het aangewezen doel zeer bevorderlijk. Maar het noodzakelijk gevolg is ook, dat de kantonrechter van zelf en buiten de bepalingen der wet om, wel genoodzaakt is zich met de instructie der zaak te bemoeien en dat het karakter van lijdelijkheid des rechters (zie Dl. I § 14 bl. 110) niet streng is vast te houden. Hij zal, wil hij goed recht spreken, partijen noodzakelijk opheldering

moeten vragen waar de eigen voorstelling onduidelijk en onbestemd is. De bevoegdheid aan de colleges in 1896 uitdrukkelijk toegekend bij art. 144 § 2 heeft de kantonrechter van zelf. Bij de colleges was de toekenning niet overbodig omdat de praktizijns, die daar als zoodanig met de behartiging van der partijen belangen belast zijn, zouden kunnen meenen dat het aan hen verbleven was den rechter voor te dragen wat en zooals zij dat in het belang hunner clienten achten. De kantonrechter zal partijen soms ook wel bekend moeten maken met de door haar bedoelde en door haar aan te wenden middelen. En als er zich dan incidenten voordoen, getuigenbewijs zal moeten worden geleverd, enz., zal de medewerking des rechters nog onontbeerlijker worden opdat partijen hun verlangen te kennen geven om van de hun ten dienste gestelde middelen gebruik te maken. Aan de ongelijkheid der partijen, welke de verplichte vertegenwoordiging bestemd is, zoo niet op te heffen, althans belangrijk te verminderen, wordt hier dan door 's rechters medewerking te gemoet gekomen. Doch zij blijft zich bepalen tot inlichting ten aanzien van wat de instructie van het geding betreft.

Indien evenwel de zaak door incidenten ingewikkelder wordt, dan zal toch ook hier licht de noodzakelijkheid ontstaan om rechtsgeleerden bijstand in te roepen. Dan zal het gebruik maken van gemachtigden te pas komen, ofschoon die altijd voor de partijen kunnen verschijnen. Hiertoe is dan wel niet ieder bekwaam, maar toch rechtens bevoegd: de deurwaarders, beunhazen-praktizijns, en ook ieder ander particulier zoo goed als de advocaat of de procureur. En deze laatsten komen hier ook niet, suo jure, in die hoedanigheid, maar gelijk ieder ander als gevolmachtigde, en moeten zich dan ook als ieder ander als gemachtigde legitimeeren.

De last kan mondeling verstrekt worden door de partij die dan althans op de eerste terechtzitting mede verschijnt, of anders schriftelijk bij eene geregistreerde acte, omdat ook voor den rechter van de lastgeving blijken moet. De bewering, dat de advocaten geen volmacht zouden behoeven, heeft den steun, dien zij aanvankelijk had in het in 1838 uitgevaardigd reglement n°. 3, door de verandering van dat reglement in 1844 verloren en is sedert niet meer volgehouden. Verg. OUDEMAN I, bl. 133.

Ad 3um. De wetgever zegt in art. 99 dat de aanlegger zijn eisch

en de gedaagde zijne verdediging voordraagt, zonder beteekening van eenige schriftelijke dingtalen. Dat van die beteekening, welke zelfs bij de colleges in summiere zaken vroeger geen plaats had, hier geen sprake zou zijn, liet zich verwachten. De wetgever liet zich, bij de uitdrukkelijke vermelding daarvan, meer leiden door art. 9 C. de Pr. hetwelk hij naschreef doch hetwelk terugsloeg op tit. III van B. II. art. 77 vv., dan door hetgeen hij zelf in de tweede afdeeling van tit. III. zou bepalen. Want er behoeven hier zelfs geene schriftelijke conclusiën te worden genomen. De griffier zorgt, door eene daarvan gehouden aanteekening (zie art. 62 n⁰. 1 B. R. en art. 5 van het tarief), dat het door de genomen conclusiën bepaalde geschilpunt behoorlijk geconstateerd worde en blijve. Ook is hier van eene voordracht van conclusiën in onderscheiding van de pleidooien geen sprake. Men kent hier niet anders dan eene voordracht van den eisch en van de verdediging. Daarbij kan eene korte conclusie even goed vooraf gesteld en daarop nader ontwikkeld worden, wat bij de voordracht van den eisch naar aanleiding van de dagvaarding licht het geval zal zijn, als dat zich uit eene soort pleidooi eene conclusie kan ontwikkelen, waarmede dat pleidooi wordt besloten.

Het spreekt van zelf dat het optreden van advocaten of procureurs ook aan dit geding meer den vorm eener geregelde procedure zal geven en de inmenging des rechters dan veel beperkter of, zooals bij de rechterlijke colleges, zoo goed als geene zal zijn.

Al is het vonnis van de Rechtbank te Tiel van 2 Januari 1891 W. n⁰. 6026 in zijn geheel wat lang, zoo wordt daarin toch eene uitnemende commentaar op art. 99 gegeven en dat art. op uitstekende wijze toegepast tegenover het vonnis van den kantonrechter van Vianen van 15 Mei 1890 W. t. z. p., waarin een formalisme wordt gehuldigd dat èn met de woorden èn met den geest van art. 99 in strijd is. Consequent had bij den kantonrechter nog de nietontvankelijkheid van den eisch in reconventie moeten worden beweerd; deze moet immers bij het antwoord worden gedaan en de verweerder had, zoo stond in facto vast, in het geheel niet op den eisch geantwoord!

De onderstelling eener eenvoudige en daardoor spoedige behandeling blijkt nog uit § 1 van art. 99, volgens welke de kantonrechter, zoo mogelijk, de zaak op de eerste terechtzitting zal beslissen. Anders verwijst hij de uitspraak naar eene volgende terechtzitting, wat ook alweer het voldingen der zaak op de eerste terecht-

zitting onderstelt. Dat dit alles evenwel voor wijziging naar de omstandigheden vatbaar is, verstaat zich van zelf.

De regel is voor alle zaken een en dezelfde, en het verleenen van een korten termijn kan wel den termijn van dagvaarding bekorten, maar kan de behandeling van het proces niet korter of spoediger maken dan hier als regel voorgeschreven is.

Ad. 4um. Volgens art. 3 R. O. (1838) in verband met art. 45, was het onbetwistbaar dat het O. M. bij de kantongerechten alleen in strafzaken optrad. De wijzigingswet van 1877 n°. 73 deed art. 45, hetwelk de in art. 3 bedoelde ambtenaren alleen voor strafzaken aanwees, vervallen en art. 3 werd dus gewijzigd, dat het, zonder onderscheid tusschen burgerlijke en strafzaken te maken, aan de ambtenaren van het O. M. bij de kantongerechten, een gelijken werkkring aanwijst als aan het O. M. bij de colleges. Toch worden er geen vorderingen tot de bevoegdheid der kantongerechten gebracht, waarin het O. M. als partij zou kunnen optreden en voor het hooren van het O. M. bij de kantongerechten, laat de wet de gelegenheid niet open. Al is de bepaling van art. 324 B. R. algemeen en al laten ook andere bepalingen, waarin het hooren van het O. M. wordt voorgeschreven, op zich zelven de toepassing op het O. M. bij de kantongerechten toe, volgens artt. 326 en 327 wordt het O. M. gehoord *na de pleidooien*, welke de wet in art. 99 bij de kantongerechten niet kent. Het is bovendien niet twijfelachtig dat art. 45 R. O. alleen is ingetrokken, omdat het gewijzigd art. 3 het overbodig maakte en dat de wetgever met deze wijziging geenszins de bedoeling heeft gehad den werkkring van het O. M. bij de kantongerechten tot burgerlijke zaken uit te breiden. Uitvoerig wordt dit geschilpunt uiteengezet en de vraag in tegenovergestelden zin beantwoord door Mr. GREEVE in v. D. KEMP's Ontwikkeling v. h. recht betrekkelijk de kantongerechten § 12. Eene beantwoording in den zin van Mr. GREEVE werd ook beproefd door Mr. E. J. H. M. VAN RIJCKEVORSEL in Akad. proefschrift over dit onderwerp, Maastricht (verd. te Leiden) 1888. De praktijk houdt zich aan de uitsluiting van het O. M. bij de behandeling van burg. zaken door de kantongerechten.

Bij de regeling der procedure in zake Kiesrecht gaat de wetgever zelf van de onderstelling uit dat het hooren van het O. M. in burgerlijke zaken bij den kantonrechter niet toepasselijk is, art. 112 § 2 cill. artt. 36—39 der Kieswet 1896 n°. 154.

§ 68. DE SCHRIFTELIJKE BEHANDELING.

De schriftelijke behandeling, door de wet behandeling bij geschrifte (instruction par écrit) genoemd, is die behandeling van het geding, waarbij niet alleen het mondeling debat, door de pleidooien, vervalt maar ook de mondelinge voordracht van in schrift gebrachte conclusiën kan uitgesloten worden. De geheele instructie geschiedt dan schriftelijk.

Waarin zij bestaat.

Deze behandeling heeft bij uitzondering plaats, òf op bevel des rechters, òf door de bepaling der wet.

Bevel des rechters of de wet.

Het rechterlijk bevel wordt zoowel ambtshalve als op verzoek van partijen gegeven, „wanneer de rechter de zaak niet vatbaar acht voor eene mondelinge voordracht". Deze zelfde reden schijnt ook wel de grond te zijn, waarop de wetgever in bepaalde gevallen de schriftelijke behandeling heeft bevolen.

Op welken grond.

De aangewezen grond wordt in art. 162, hetwelk aan den rechter de bevoegdheid om eene schriftelijke behandeling te bevelen toekent, uitdrukkelijk vermeld. Voor hem zal de onvatbaarheid voor mondelinge voordracht wel daaruit moeten worden afgeleid, dat soms die mondelinge voordracht niet geschikt is om de zaak op eene duidelijke wijze te ontwikkelen. Bij de toelichting werd als voorbeeld gewezen op „zaken van zeer omslachtige liquidatie, waarin eene lange voordracht en vergelijking van cijfers met alles wat daartoe behoort, onmogelijk de aandacht des rechters tot een pleidooi kan gaande houden, en welke men onder zijn oog moet hebben om eenig begrip van de zaak te krijgen". Uitdrukkelijk wordt er evenwel bij herinnerd „dat een mondeling pleidooi altijd de regel blijft en dat de behandeling bij geschrifte eene uitzondering is, waarvan niet dan om bijzondere redenen behoort te worden gebruik gemaakt." v. d. Honert, B. R. op § 162, bl. 282 v.

De wetgever moet dan ook wel de niet-vatbaarheid voor mondelinge behandeling hebben aangenomen, waar hij zelf de schriftelijke behandeling beveelt. De gevallen evenwel, waarin dit is geschied, wijzen op eene ruimere opvatting dier niet-vatbaarheid. Zij is niet oirbaar geacht, zou men veeleer zeggen, bij wraking en bij rechtsweigering, niet noodzakelijk bij geschillen over kiesrecht, zoodat hierbij meerdere

eenvoudigheid kon worden betracht, en vooral voor de schatkist niet verkieslijk geacht in zaken betreffende de registratie en andere belastingen.

Dat de wetgever, toen hij de mondelinge behandeling als regel aannam, de gelegenheid niet wilde afsnijden voor eene uitsluitend schriftelijke behandeling, die, al ware het bij uitzondering, toch wel eens geschikter kon zijn, is niet te verwonderen; niet minder evenwel dat, bij eene procedure die eene voorafgaande schriftelijke instructie voorschrijft, en daartoe schriftelijke conclusiën waarop recht kan worden gevraagd, zoodat van de pleidooien kan worden afgezien, van die schriftelijke behandeling in de praktijk weinig gebruik gemaakt wordt.

De Ontwerper van een nieuw wetboek van burgerlijke rechtsvordering heeft er dan ook terecht op gewezen (mem. v. toelichting in de uitg. van Belinfante, bl. 119, 120), dat de aan partijen toegekende bevoegdheid, om recht te vragen op de ter audientie overlegde stukken voldoende ware om zoowel, waar de zaken om hare eenvoudigheid geen mondelinge toelichting behoefden, als wanneer juist om hare omslachtigheid de mondelinge voordracht daarover geen licht kan verspreiden, het doel te bereiken dat de wetgever zich tot dusver met de toelating der behandeling bij de geschrifte had voorgesteld. Men heeft dan ook het rapport des rechters niet noodig hetwelk een integreerend bestanddeel der schriftelijke procedure uitmaakt en dat eigenaardige bezwaren medebrengt, waarop ook door den Ontwerper wordt gewezen, al ziet hij voorbij, dat het rapport zich aanbeveelt in zoover het de openbaarheid, welke de schriftelijke behandeling tusschen partijen uitsluit, zooveel mogelijk tracht te handhaven,

In Genève werd ook de fransche „instruction par écrit" in 1819 veroordeeld en de fransche rechtsgeleerden denken er evenmin gunstig over. Zie de toel. tot het ontwerp, bl. 119.

De praktijk van het ius constitutum zoowel als het ius constituendum geven mij aanleiding om deze facultatieve schriftelijke behandeling niet uitvoerig te bespreken, daarbij vooral op die punten te letten, welke ook bij de door de wet bevolene schriftelijke procedure te pas komen, en dan liever hier bij enkele van deze door de wet bevolene wat langer stil te staan.

Bij schriftelijke behandeling, is de loop van het geding, na het bevel des rechters, de volgende:

Loop van het schriftelijk geding op rechterlijk bevel.

1. Beteekening (met overgifte van afschrift) van schrifturen van eisch, antwoord, repliek en dupliek, allen bevattende de middelen met eene conclusie Voor de beteekening van elke schriftuur is een termijn toegestaan van veertien dagen, welke voor die van eisch begint te loopen met den dag waarop het bevel door den rechter werd gegeven, voor elke andere na de beteekening der voorafgaande schriftuur.

Aan het slot der schrifturen wordt een staat opgegeven van stukken, bijgebracht tot staving van haren inhoud.

De schrifturen moeten met de stukken, binnen 24 uren na de beteekening, ter griffie worden overgelegd waarvan eene akte wordt opgemaakt, die aan de tegenpartij beteekend moet worden.

2. Na afloop van den bepaalden termijn stelt de griffier, op verlangen der meest gereede partij, de stukken in handen van den bij het bevel tot schriftelijke behandeling benoemden rapporteur.

3. Indien het Openbaar Ministerie in de zaak moet worden gehoord, worden hem de stukken door den rapporteur medegedeeld.

4. Rapport op de openbare terechtzitting, nadat op eene vorige terechtzitting is aangekondigd, dat dit zal uitgebracht worden.

5. Conclusie van het O. M., waar die te pas komt, dadelijk of op eene nadere terechtzitting.

6. Uitspraak des rechters op eene door hem te bepalen terechtzitting. Art. 162—175.

Ad pr. Het bevel des rechters. De fransche Code behandelde in den aan onze afdeeling correspondeerenden VI^en^ titel van het IIe boek (1re Partie) twee zaken: les délibérés et les instructions par écrit. De eerste had eigenlijk met de tweede niets te maken. Zij doelde op het geval dat de rechtbank, in stede van het vonnis dadelijk uit te spreken of dit tot eene nadere terechtzitting in overweging te houden, beval dat de stukken zouden worden overgelegd en gesteld in handen van een door haar en uit haar midden benoemden rechter-rapporteur, om de zaak op diens rapport af te doen (délibéré

sur rapport). Dit bevel had geen ander doel dan om, nadat de zaak voldongen en bepleit was, de uitspraak voor te bereiden. Verg. BOITARD, n°. 228. Onze wetgever nam dit niet over. Hij kent echter wel die wijze van behandeling der zaak in raadkamer, zonder een op de zitting gegeven bevel, blijkens art. 23 R. O. Verg. I, bl. 149: „Het verbod sub *b*" enz. Deze laatste wijze van op rapport de zaak af te doen vindt afkeuring bij GARSONNET II § CCLXVII sub 5°.

Het bevel tot délibéré had met dat tot schriftelijke behandeling alleen dit gemeen, dat ook bij dit laatste een der leden van het college tot rapporteur wordt benoemd, hetwelk ook bij ons plaats heeft volgens art. 162: „Om op het rapport van een daartoe te benoemen rechter te worden afgedaan". Onze wetgever had uit de bepalingen betreffende „les délibérés" alleen het voorschrift overgehouden en dit op het bevel tot schriftelijke behandeling toegepast, dat het bevel niet behoeft beteekend te worden, art. 163 (oud) dat evenwel bij de herziening van 1896 werd ingetrokken. De termijn van 14 dagen, onder n°. 1 bedoeld, loopt dan ook niet van de beteekening van het bevel, maar van den dag der uitspraak. art. 164.

Ad 1um. De overlegging der schrifturen ter griffie is het middel om die stukken ter kennis van den rechter te brengen. Verg. I, bl. 158. Zij komt in de plaats van de voordrachten der conclusiën ter terechtzitting. De tot staving dienende stukken liggen daardoor tevens op eene onzijdige voor beide partijen toegankelijke plaats onder behoorlijk toezicht. Van den griffier krijgen de partijen later ook de stukken terug, artt. 170 en 175.

Schriftuur van EISCH. Al mochten er reeds conclusiën genomen zijn, beide partijen moeten hare beweringen schriftelijk voor den rechter ontwikkelen en daarom heeft de eischer de eerste schriftuur in te dienen.

Wat de over te leggen stukken betreft, de wet onderstelt duidelijk dat de oorspronkelijke stukken overgelegd worden, verg. art. 165. Ook deze komen alzoo (art. 170) ter kennis van den rechter. Toch is die mededeeling ter griffie niet verplicht. De partijen kunnen elkander de stukken ook onderling in der minne mededeelen onder recepis. (art. 167). Dan knnnen zij natuurlijk niet overeenkomstig het voorschrift van art. 170 aan den rechter worden medegedeeld, doch niets belet de partijen om ze ter mededeeling aan den rechter bij de stukken te voegen.

Ad 2um. De regel is dat dit geschiedt na afloop van den termijn voor de beteekening van dupliek. Heeft echter eene der partijen hare schriftuur niet op den bepaalden tijd doen beteekenen, dan kan de andere de hare uitbrengen; bijv. als de eischer naliet schriftuur van eisch te beteekenen, kan de verweerder schriftuur van antwoord beteekenen en als eene partij in gebreke blijft hare schrifturen en stukken binnen den bepaalden termijn over te leggen kan de zaak worden beoordeeld op de stukken der andere partij, art. 169. Cf. artt. 98 en 99 C. de Pr.

De meest gereede partij geeft het in art. 170 bedoelde verlangen aan den griffier te kennen, en vermits de rapporteur daarvan kennis moet kunnen nemen en van dat verlangen bepaaldelijk aan hem moet blijken, zou ik met OUDEMAN I, § 86 meenen, dat de griffier daarvan eene acte opmaakt, evenals van andere verklaringen welke ter griffie worden afgelegd. Anders echter DE PINTO II, bl. 285. sub 7°.

Behalve uit de bepaling der wet, die niet anders kent dan schrifturen van eisch, antwoord re- en dupliek, blijkt ook uit art. 170 dat meer schrifturen niet zijn toegelaten.

Aan den rapporteur. Dit is natuurlijk de bij het bevel benoemde. Maar hoe bij ontstentenis van dezen? „Si le rapporteur décède, se démet ou ne peut faire le rapport", zooals C. de P., art. 110, luidde, of zooals art. 171 het uitdrukt, „bijaldien uit eenigen hoofde, de rapporteur buiten staat is zijn rapport te doen, zal er een ander op de terechtzitting worden benoemd, ten verzoeke van de meest gereede partij". Die benoeming zal alzoo eene verschijning van partijen ter terechtzitiing noodig maken. Dit is geene vereenvoudiging van art. 110 C. de Pr.

Ad 3um. Om het O. M. althans in de gelegenheid te stellen dadelijk na het rapport conclusie te nemen zoodat deze conclusie de uitspraak van het vonnis niet behoeft te vertragen art. 172.

Ad 4um. De bepaling van art. 174 § 1, volgens welke het rapport wordt uitgebracht op de terechtzitting, nadat daarvan op eene vorige terechtzitting is aankondiging gedaan, voorziet in het belang der partijen en den geregelden procesgang niet zoo goed als 139 W. 1830, dat den dag van het rapport bij het bevel wilde bepaald hebben. De zwarigheid, welke art. 174 doet ontstaan, dat die aankondiging niet

noodzakelijk ter kennis van de procureurs der partijen komt, wordt door de opmerking, bij v. D. HONERT op § 174 voorkomende, dat de partijen kunnen en de procureurs eigenlijk moeten tegenwoordig zijn, volstrekt niet opgeheven. Wat zal toch partijen aanleiding geven, om juist op eene terechtzitting, waarop eene aankondiging zal geschieden waarvan zij niets weten, en die haar eigenlijk niet interesseert, tegenwoordig te zijn? De procureurs behoeven er alleen te wezen als er andere hen betreffende zaken behandeld worden, art. 30 Regl. n°. 3. De rapporteur zal hen dan ook wel kennis geven ofschoon de verplichting daartoe hem niet is opgelegd. Verg. v. D. HONERT, Formulierboek (ed. HEEMSKERK), bl. 99, aant. x^4.

De inhoud van het rapport, welke volgens art. 174 § 2 bestaat in eene aanwijzing van de feiten en de middelen, die het punt tusschen partijen in geschil bepalen, is in overeenstemming met de strekking van het rapport, hetwelk de beoordeeling voor het college gemakkelijker moet maken, zoodat de andere rechters niet allen de stukken behoeven te lezen. Die strekking heeft evenwel het rapport door velen doen veroordeelen. De rechters waren, dit zeide men bij ons, niet gewoon op een rapporteur af te gaan, en zij moesten zich ook op die wijze niet door den rapporteur laten leiden. De bepaling belet evenwel niet, dat de rechters de stukken ter griffie raadplegen, wanneer die, gelijk art. 175 voorschrijft, daar door den rapporteur, nadat hij zijn rapport heeft gedaan, terugbezorgd zijn. Maar het rapport heeft ook nog eene andere strekking. Het handhaaft, zooveel dit bij den schriftelijken procesgang mogelijk is, de openbaarheid van het geding, waarvan tot dusver op de terechtzitting niets is gebleken.

De rapporteur mag in het rapport zijn gevoelen niet uiten. Daardoor zou het geheim der beraadslagingen geschonden worden. Verg. art. 28 R. O. art. 174 § 2.

De partijen mogen het woord niet voeren, volgens art. 174 § 3, en wat daar verder is bepaald komt overeen met hetgeen art. 328 ten aanzien van de conclusiën van het O. M. voorschrijft. Hiertegen gelden de bedenkingen, welke ik ten aanzien van de laatste bepaling in § 64 bl. 129 maakte, met dit onderscheid alleen, dat de rechter-rapporteur geene ambtshalve door den rechter toe te passen middelen mag aan-

wijzen en te dien aanzien alzoo ook voor partijen niets valt aan te merken.

De wet beveelt de schriftelijke behandeling:

Schriftelijke behandeling door de wet.

I. Voor het geding over de wraking van rechters, voor zoover dit een geding heeten mag.

1°. Wraking van rechters.

II. Voor het geding over rechtsweigering.

2°. Rechtsweigering.

Den vorm voor de behandeling van deze beide gedingen voorgeschreven zullen wij de gelegenheid hebben te behandelen, waar de wraking en rechtsweigering als incidenten in het geding ter sprake komen. Zie Dl. III § § 91 en 92.

III. Voor gedingen, waartoe het kiesrecht aanleiding kan geven.

3°. Kiesrecht.

De kieswet (wet tot regeling van het kiesrecht enz. van 7 September 1896 n°. 154) geeft, bij art. 29, aan een ieder de bevoegdheid om bij het gemeentebestuur verbetering van de door dat bestuur vastgestelde kiezerslijst te vragen, op grond dat hij zelf of een ander, in strijd met de wet, daarop voorkomt, niet voorkomt of niet behoorlijk voorkomt. Hij moet zijn bezwaar schriftelijk indienen. Een ieder is tot tegenspraak van zoodanig verzoek bevoegd en dient daartoe die tegenspraak schriftelijk bij het Gemeentebestuur in. De beslissing van het Gemeentebestuur behoort met redenen omkleed te worden. Soortgelijke bepalingen gelden ten opzichte van de door Gedeputeerde Staten naar de kieswet op te maken lijsten van hoogstaangeslagenen verkiesbaar tot leden van de Eerste Kamer der Staten-Generaal.

Na deze behandeling en beslissing der zaak door eene administratieve macht die hier tot herziening van hare eigen handelingen wordt geroepen ten einde die te rechtvaardigen of te verbeteren, kan de zaak ter beslissing gebracht worden bij de rechterlijke macht. Deze opdracht, aan de rechterlijke macht is de aanleiding dat ik er hier over spreke en ik doe dit bij deze gelegenheid, omdat de geheele instructie eene schriftelijke is.

Procedure. Kiezerslijsten.

De beschikking van het gemeentebestuur, op de bij hem ingediende bezwaren tegen de kiezerslijsten, kan door een ieder die niet in de door het gemeentebestuur genomen beslissing berust, bij een met

redenen omkleed verzoek worden onderworpen aan de uitspraak van den kantonrechter, binnen wiens ressort de lijst is opgemaakt.

De verzoeker laat zijn verzoekschrift binnen twee dagen na de indiening beteekenen aan hen die bij het verzoek aan het gemeentebestuur partijen zijn geweest.

De wederpartij kan binnen vijf dagen na deze beteekening eene memorie van antwoord aan den kantonrechter indienen.

De kantonrechter is bevoegd partijen te hooren en aan elk van haar bewijsvoering door getuigen of een eed op te leggen.

Hij doet binnen zes dagen einduitspraak of geeft binnen dien tijd eene beschikking tot hooren van de partijen of in verband daarmede tot bewijs door getuigen of eedsaflegging.

Met deze voorloopige beschikking kan de kantonrechter tevens bij voorraad wijziging der kiezerslijst bevelen, artt. 36—39, Kieswet.

De beslissing van het Gemeentebestuur wordt door den burgemeester op de secretarie der gemeente voor een ieder ter inzage nedergelegd en een afschrift, tegen betaling der kosten, verkrijgbaar gesteld. Hij doet daarvan uiterlijk op den vijfden dag na dien der beslissing openbare kennisgeving. Art. 33 Kieswet. Langs dezen weg wordt het voor een ieder mogelijk gemaakt om van de hem toegekende bevoegdheid, om tegen de beslissing op te komen, gebruik te maken. Doch opdat in 't bijzonder zij die meer onmiddellijk belang bij de beslissing hebben in de gelegenheid zullen zijn hunne bezwaren tegen de beslissing in te brengen, wordt deze, indien zij eene wijziging in de kiezerslijst brengt, schriftelijk medegedeeld aan hem wien de wijziging betreft. Eveneens aan den verzoeker die verbetering der kiezerslijst van het Gemeentebestuur verlangde, wanneer het verzoek om verbetering geheel of ten deele niet is toegewezen en die verbetering hem zelven betrof. Aangeh. art. 33.

En zoo zal dan een ieder die niet in de beslissing van het Gemeentebestuur berust gedurende vijf dagen van af de kennisgeving des burgemeesters de beslissing des kantonrechters kunnen inroepen.

Hij moet zijn verzoekschrift laten beteekenen aan hen die bij het verzoek aan het gemeentebestuur partijen zijn geweest. Met partijen bij dat verzoek worden natuurlijk bedoeld de verzoeker en hij die bij 't gemeentebestuur tegenspraak heeft gedaan. Aan zich zelven zal hij wel geen beteekening hebben te doen.

Terwijl art. 36 § 3 voorschrijft dat het verzoek als eene burgerlijke zaak berecht wordt, dat wel hetzelfde zal beteekenen als: als een geding in burgerlijke zaken behandeld, klinkt het wel wat vreemd den kantonrechter in art. 39 de bevoegdheid te zien toekennen partijen te hooren, daar dit in elk burgerlijk geding zijne verplichting is en hij niet dan na het hooren van beide partijen uitspraak doet. De voldoening aan deze verplichting is trouwens voldoende gewaarborgd door de aan de wederpartij bij art. 38 toegekende bevoegdheid om eene memorie van antwoord aan den kantonrechter in te dienen. Het eigenaardige is hier slechts en voor eene procedure bij den kantonrechter is het iets geheel bijzonders, dat de behandeling der zaak en het hooren der partijen alzoo, schriftelijk plaats heeft. En zoo moet dan wel art. 39 beteekenen dat de kantonrechter de bevoegdheid heeft partijen voor zich ter terechtzitting te doen verschijnen en ze aldus in den letterlijken zin des woord te hooren. Daarin ligt dan hier een toepassing van de aan den rechter in het algemeen bij art. 49 B. R. toegekende bevoegdheid om eene verschijning van partijen te bevelen, een bevel dat hij met aanwijzing van dag en uur ter kennis der partijen zal doen brengen door den hem ten dienste staanden deurwaarder. Of de wetgever daartoe een vonnis noodig had moeten achten, gelijk hij gedaan heeft door de berechting als in burgerlijke zaken toepasselijk te verklaren, en of hier eene oproeping niet zou kunnen volstaan, schijnt nauwelijks twijfelachtig.

Het bewijs der door partijen gevoerde beweringen zal meerendeels liggen in de bewijsstukken, welke volgens art. 36 § 1 bij het verzoek met een afschrift van de beslissing van het Gemeentebestuur moeten worden overgelegd, terwijl ook de wederpartij naar art. 38 zijne memorie van antwoord van bewijsstukken moet doen vergezellen. Toch kan — en daartoe onderstelt de wet dat het hooren van partijen op de terechtzitting aanleiding kan geven — bewijs door getuigen of door eed blijken noodzakelijk te zijn. Een en ander zal den natuurlijk op de terechtzitting moeten geschieden. Wat de oplegging van eed betreft is het, dunkt me, duidelijk dat van eenen beslissenden eed over het in geschil zijnde publieke recht geen sprake kan zijn. De eed zal dus ambtshalve worden opgelegd doch daarom juist niet een suppletoire eed behoeven te zijn. Daar komen immers ook op privaatrechtelijk gebied gevallen voor, waar, buiten de gevallen

van suppletoiren eed, ambtshalve door den rechter een eed tot bewijs opgelegd wordt. Verg. Dl. V. bl. 298.

Dat bij deze rechtspraak buitengewone spoed moet en kan worden betracht, ligt voor de hand. Dus de regel: binnen zes dagen einduitspraak, d. i., binnen zes dagen na de door de wederpartij ingegediende memorie.

Indien evenwel eene beschikking tot hooren van partijen wordt gegeven vervalt die termijn; nog eer als een getuigenverhoor bevolen wordt. Dan kan wel bij provisie een wijziging der kiezerslijst bevolen worden. Maar wanneer wordt die provisie dan door eene definitieve beslissing vervangen?

De vernietiging van de uitspraak van den kantonrechter kan, doch alleen wegens schending of verkeerde toepassing der wet, gevraagd worden aan den Hoogen Raad door ieder die bij de uitspraak partij is geweest. Art. 40 Kieswet.

Toepassing alzoo van het middel van cassatie. De instructie is ook hier schriftelijk met wederzijds door partijen aan elkander beteekende en ter griffie van den H. Raad overgelegde verzoekschriften, waarop de Procureur-Generaal bij den H. Raad ter openbare terechtzitting conclusie neemt en de H. Raad uitspraak doet, artt. 40—48.

Partijen in deze procedure zijn bevoegd zelve hunne belangen te behartigen. Bij het kantongerecht brengt de daar gevolgde procedure als in burgerlijke zaken mede dat zij geen rechtskundigen vertegenwoordiger noch raadsman behoeven en de noodzakelijkheid van vertegenwoordiging en bijstand door advocaten in cassatie wordt bij art. 41 § 3 uitgesloten.

De openbaarheid van de behandeling dezer gedingen wordt door de schriftelijke behandeling zoo goed als opgeheven. Bij de kantongerechten kan verschijning ter terechtzitting in bijzondere gevallen worden bevolen. Bij den H. Raad vangt de openbaarheid eerst aan als partijen hunne taak hebben afgedaan nl. met de conclusie van den Procureur-Generaal.

Lijsten van hoogst aangeslagenen.

De kennisneming van verzoekschriften, die kunnen ingediend worden door een ieder, die in eene door Gedeputeerde Staten genomen beslissing omtrent eene aangevraagde verbetering van de door hen vastgestelde

lijsten van hoogst aangeslagenen als verkiesbaar voor het lidmaatschap van de Eerste Kamer der Staten-Generaal niet berust, is opgedragen aan de Arrondissements-Rechtbanken binnen wier ressort de lijsten zijn opgemaakt. Voor de behandeling van die verzoekschriften worden ook in cassatie de bepalingen toepasselijk verklaard, welke voor de behandeling der verzoekschriften tot verbetering der kiezerslijsten zijn voorgeschreven, art. 112 Kieswet.

Evenals de bezwaren tegen de kiezerslijsten in de eerste plaats aan de beslissing van het bestuur hetwelk de lijsten opmaakt, worden onderworpen, zoo is dit ook het geval met de door Gedeputeerde Staten opgemaakte lijsten van hoogst aangeslagenen, artt. 106—110.

De opdracht aan de Arrondissements-Rechtbank heeft ten gevolge dat ook het hooren van het O. M. in deze zaken toegepast kan worden en uitdrukkelijk is voorgeschreven, (art. 112 § 2). Het is verplicht binnen vijf dagen conclusie te nemen, terwijl de rechtbank binnen acht dagen daarna uitspraak doet.

Evenals in cassatie de noodzakelijkheid van de vertegenwoordiging der partijen door advocaten is uitgesloten, zoo wordt dit ook in deze procedure bij de rechtbank ten aanzien van die door procureurs bepaald, art. 112 § 3.

Volgens art. 50 der Kieswet zijn de verzoekschriften, stukken voor de rechtsvordering benoodigd, uitspraken en kennisgevingen vrij van zegel, griffie en registratiekosten.

4°. Registratie en andere belastingen.

IV. Is de schriftelijke behandeling bevolen in gedingen betreffende de belasting bekend onder den naam van **het recht van registratie** en andere welke aan dezelfde procesregelen zijn onderworpen.

De gedingen welke met die over het registratierecht aan dezelfde regelen zijn onderworpen, vermeldde ik met opgave der betrekkelijke wetten. I, bl. 45 A *a* (*).

Hier komt de schriftelijke behandeling van het burgerlijk geding op de meest volkomen wijze in toepassing. Toch zijn de gedingen met het oog op de rechtsbetrekking die tot den strijd aanleiding

(*) De in Dl. I. op bl. 44 vermelde schrijvers behandelen dit onderwerp op de volgende plaatsen:

CHAMPIONNIERE en RIGAUD IV, n°. 4013—4038, VI (Suppl.) n°. 1010—1035; DALLOZ XXII, n°. 5642—5848; v. HOYTEMA I, bl. 246 vv.; VROOM II. bl. 196 vv.; BARTSTRA I bl. 283 vv.

Zie ook v. D. HONERT, Formulierboek. 2e uitg., door Mr. J. HEEMSKERK Az., bl. 735 vv. en Nederl. Pasicrisie van Mrs. VAN OPPEN v. Registratie. n°. 431—524.

geeft niet van burgerrechtelijken aard. Naar den aard dier rechtsbetrekking zouden de daarover ontstane gedingen behooren tot het gebied der administratieve rechtspraak. De opdracht aan den burgerlijken rechter zal wel het natuurlijk gevolg daarvan zijn dat de toepassing van de fiscale wet in de meeste gevallen eene toepassing van de burgerlijke wet in zich sluit, de kennis van deze laatste voor de toepassing der eerste onontbeerlijk is.

Zoo is dan ook die opdracht aan den burgerlijken rechter niet het gevolg daarvan, dat deze met den strafrechter, naar de bepalingen van de Grondwet tot op 1887 de eigenlijk gezegde r e c h t e r l ij k e m a c h t uitmaakt, maar van het nauw verband dat er tusschen dit deel van het fiscale recht en het burgerlijk recht bestaat.

In Frankrijk, waar aan de administratieve rechtspraak eene zoo ruime ontwikkeling was gegeven, zijn toch altijd de geschillen, welke dit gedeelte der fiscale wetgeving deed ontstaan, ter kennisneming gebleven van den burgerlijken rechter. Waar art. 65 der wet van 22 Frimaire VII de kennisneming der geschillen aan de burgerlijke rechtbanken opdraagt wordt er uitdrukkelijk bijgevoegd: „la connaissance et la décision en sont interdites à toutes autres autorités constituées ou administratives." Het zou mij dan ook verwonderen en ik zou het althans niet wenschelijk achten, indien bij eene regeling der administratieve rechtspraak, welke wij bij ons als aanstaande mogen achten (?), van de opdracht dezer geschillen aan den burgerlijken rechter werd afgeweken.

Om de uiteenzetting van de in de hier bedoelde gevallen voorgeschreven wijze van procedeeren te beter te doen verstaan, acht ik het doelmatig den inhoud van de betrekkelijke artikelen der wet van 22 Frimaire VII, van de wet op het zegel en van die op het recht van successie vooraf te laten gaan.

TITRE IX.

Des poursuites et instances.

Art. 63. La solution des difficultés qui pourront s'éléver relativement à la perception des droits d'enregistrement avant l'introduction des instances, appartient à la Régie.

Art. 64. Le premier acte de poursuite pour le reconvrement des droits d'enregistrement, et le paiement des peines et amendes prononcées par la présente sera une contrainte; elle sera décernée par le receveur ou préposé

de la Régie; elle sera visée et déclarée exécutoire par le juge de paix du canton où le bureau est établi; et elle sera signifiée. L'exécution de la contrainte ne pourra être interrompue que par une opposition formée par le redevable, et motivée avec assignation à jour fixe, devant le tribunal du département. Dans ce cas, l'opposant sera tenu d'élire domicile dans la commune où siège le tribunal.

Art. 65. L'introduction et l'instruction des instances, auront lieu devant les tribunaux civils du département; la connaissance et la décision en sont interdites à toutes autres autorités constituées ou administratives. L'instruction se fera par simples mémoires respectivement signifiés.

Il n'y aura d'autres frais à supporter pour la partie qui succombera, que ceux du papier timbré, des significations et du droit d'enrégistrement des jugemens. Les tribunaux accorderont, soit aux parties, soit aux préposés de la Régie qui suivront les instances, le délai qu'ils demanderont pour produire leurs défenses; il ne pourra néanmoins être de plus de trois décades. Les jugemens seront rendus dans les trois mois au plus tard, à compter de l'introduction des instances, sur le rapport d'un juge, fait en audience publique, et sur les conclusions du directoire exécutif; ils seront sans appel, et ne pourront être attaqués que par voie de cassation.

Art. 66. Les frais de poursuite payés par les préposés de l'enrégistrement, pour des articles tombés en non valeur pour cause d'insolvabilité reconnue des parties condamnées, leur seront remboursés sur l'état qu'ils en rapporteront à l'appui de leurs comptes. L'état sera taxé sans frais par le tribunal civil du département, et appuyé de pièces justificatives.

Hierbij behoort verder art. 17 der wet van 27 Ventôse IX op bl. 45 van Dl. I aangehaald hetwelk aldus luidt:

„L'instruction des instances que la Régie aura à suivre pour toutes les perceptions qui lui sont confiées, se fera par simples mémoires respectivement signifiés, sans plaidoiries. Les parties ne seront pas obligées d'employer le ministère des avoués."

In verband met titel IX zij nog gelet op den voorafgaanden.

TITRE VIII.

Des droits acquis et des prescriptions.

Art. 60. Tout droit d'enregistrement perçu régulièrement en conformité

de la présente, ne pourra être restitué, quels que soient les évènements ultérieurs, sauf les cas prévus par la présente. V. avis du conseil d'état du 22 Octobre 1808. (Bulletin des lois n°. 211) bij BREUKELMAN Wetten enz. van franschen oorsprong, bl. 154 n°. 966.

Art. 61. Il y a prescription pour la demande des droits, savoir:

1°. Après deux années, à compter du jour de l'enrégistrement, s'il s'agit d'un droit non perçu sur une disposition particulière dans un acte, ou d'un supplément de perception insuffisamment faite, ou d'une fausse évaluation dans une déclaration, et pour la constater par voie d'expertise.

Les parties seront également non recevables après le même délai, pour toute demande en restitution de droits perçus.

[2°. Après trois années, aussi à compter du jour de l'enrégistrement, s'il s'agit d'une omission de biens dans une déclaration faite après décès.

3°. Après cinq années, à compter du jour du décès, pour les successions non déclarées. Abrogé].

Les prescriptions ci-dessus seront suspendues par des demandes signifiées et enregistrées avant l'expiration des délais; mais elles seront acquises irrévocablement, si les poursuites commencées sont interrompues pendant une année, sans qu'il y ait d'instance devant les juges compétens, quand même le premier délai pour la prescription ne serait pas expiré.

Art. 62. La date des actes sous signature privée, ne pourra cependant être opposeé à la république, pour la prescription des droits et peines encourues, à moins que les actes n'aient acquis une date certaine par le décès de l'une des parties, ou autrement.

De hier te pas komende bepalingen der Zegelwet (3 Oct. 1843 n°. 47) zijn de volgende:

VIJFDE TITEL.

Van de vervolgingen en verjaringen.

Art. 31. In geval van overtreding (dezer wet), moet, behalve de boete, gelijktijdig het niet of te min betaalde regt, hetwelk nog mogt verschuldigd zijn, worden betaald.

Er is voor eene en dezelfde overtreding, ofschoon twee of meermalen in hetzelfde stuk begaan, slechts ééne boete verschuldigd.

Art. 32. Voor de zegelregten en boeten zijn, ieder voor het geheel aansprakelijk:

1°. Al de contracteerende partijen in wederzijds verbindende onderhandsche akten;

2°. Al de onderteekenaren van eenzijdige onderhandsche akten;

3°. De schuldeischers en schuldenaars, voor de onderhandsche akten van schuldbekentenis, schuldvordering, kwitantie en kwijting, alsmede al degenen, die de ongezegelde of op ontoereikend zegel gestelde obligatiën en verdere stukken, vermeld bij art. 21, n°. 5, binnen het rijk zullen hebben uitgegeven, of de betaling van interessen of aflossing van hoofdsommen hier te lande bewerkstelligd of zich daarmede belast zullen hebben; (Zie nog art. 3 der wet van 9 Juli 1867 n°. 85), (ingetrokken bij art. 1 der wet van 31 December 1885 n°. 264).

4°. Al degenen, welke de aan het zegel onderhevige registers houden of voor hen door anderen doen houden.

[Eindelijk zijn voor de boeten, vermeld bij de artt. 23 en 24, ieder voor het geheel, aansprakelijk de drukkers; zoo mede ook, met betrekking tot de boete bij art. 26 vastgesteld, allen die ongezegelde, aan het zegel onderhevige drukwerken uitgeven, verspreiden, aanplakken of doen aanplakken, rondbrengen of, hetzij voor het publiek, hetzij in societeiten of op plaatsen van openbare bijeenkomsten en herbergen, ter lezing houden of voorhangen. Afgeschaft door de wet van 1869, n°. 60].

Art. 33. De ambtenaren van de registratie en het zegel zijn verpligt, alle akten, stukken en registers, welke hun ter hand komen of hun worden aangeboden, en welke niet van behoorlijk zegel zijn voorzien, of niet naar het voorschrift van art. 15 zijn opgemaakt, aan te houden, ten einde, na beteekening van het proces-verbaal, in het volgend artikel vermeld, bij hetzelve te worden gevoegd, tenzij partijen, door mede-onderteekening van het proces-verbaal, de daarin vermelde daadzaak erkennen of de verbeurde boeten en verschuldigde regten betalen.

Wanneer de in dit artikel bedoelde akten, stukken en registers berusten in openbare bewaarplaatsen, zullen de ambtenaren kunnen volstaan, met daarvan in het op te maken proces-verbaal van overtreding te doen blijken. Onder de bepalingen van dit artikel zijn niet begrepen de stukken, vermeld bij art. n°, 2 en 5 van art. 21.

Art. 34. De ambtenaren van de registratie en het zegel zullen van alle overtredingen, in zake van zegel door hen ontdekt, dadelijk proces-verbaal opmaken, wanneer de regten en boeten niet onmiddellijk worden betaald.

[Bovendien zijn alle ambtenaren en bedienden van justitie en policie, zoo mede de ambtenaren bij de posterijen bevoegd, van de overtredingen dezer wet, voor zooveel aangaat het zegel op de gedrukte stukken, behandeld in de 4de afdeeling van den 2den titel dezer wet, bij proces-verbaal te doen blijken, met aanhouding des noods der stukken, waarin de overtreding is begaan, en verpligt dezelve, met het proces-verbaal te overhandigen aan den ontvanger der registratie ten naastbijgelegen kantore, ter verdere vervolging. Afgeschaft door de wet van 1869, n°. 60].

Bij ontdekking van overtreding van art. 21 dezer wet in of ten aanzien van de aldaar in n°. 2 genoemde stukken neemt 's Rijks ambtenaar den letterlijken inhoud van zoodanige stukken met al de daarop gestelde verklaringen en handteekeningen in zijn proces-verbaal over, hetwelk ook te dien aanzien volledig geloof zal verdienen behoudens tegenbewijs (art. 8 wet van 1882 n°. 93).

De processen-verbaal zullen, binnen dertig dagen na de opmaking, aan partijen worden beteekend, bij gebreke waarvan het regt tot vervolging zal vervallen zijn.

Art. 35. De invordering der regten en boeten, in zake van zegel verschuldigd, zal geschieden bij dwangbevel, uitgevaardigd door een ambtenaar van het bestuur, en uitvoerlijk verklaard door den kantonrechter der plaats, alwaar die ambtenaar zijne gewone functiën uitoefent.

Het dwangbevel en het proces-verbaal, waaruit de overtreding blijkt, zullen, bij een en hetzelfde exploit, aan partijen beteekend worden.

De verdere vervolgingen en regtsgedingen zullen, behoudens het bepaalde bij het volgende artikel, behandeld worden op den voet en op de wijze, bij de wetten op de registratie vastgesteld.

Art. 36. Het bewijs door getuigen wordt toegelaten ten aanzien van alle overtredingen van de artt. 6 en 21, n°. 3.

[Zie nog art. 3 der wet van 1867 n°. 85.]

Art. 37. Door verloop van twee jaren verjaren:

a. De vordering van regt en boeten verschuldigd wegens overtreding van art. 8, te rekenen van den dag der registratie van akten en

vonnissen, waarbij van stukken, niet van behoorlijk zegel voorzien en niet van het zegel vrijgesteld, is kennis genomen of waarin uit dezelve is gehandeld of gebruik gemaakt;

(*b*. De vordering van het regt, bepaald bij art. 18, en voor de boete bij art. 19 vastgesteld, te rekenen van den laatsten dag des termijns, binnen welken de dagbladen en nieuwspapieren hadden moeten worden ingeleverd; afgeschaft door de wet van 1869, n°. 60).

c. De vordering van niet of te weinig geheven regt en boeten, verschuldigd op stukken, welke zijn geregistreerd; te rekenen van den dag der registratie;

d. De vordering van teruggave van te veel betaalde regten en boeten, (in de gevallen bij art. 18 en 19 voorzien en) in alle (andere) gevallen, waarin de zegelregten of boeten op vordering der ambtenaren van de registratie en het zegel zijn voldaan; te rekenen van den dag der betaling.

Voor verkeerdelijk gebruikte zegels wordt geene vordering van teruggave toegelaten.

Art. 38. De verjaring wordt gestuit door regtsvorderingen, beteekend aan degenen, welke men de verjaring wil beletten, vóór het verstrijken van den termijn; wanneer echter de aangevangen regtsvervolging gedurende een jaar niet wordt voortgezet, is de vordering vervallen.

Art. 39. In de termijnen, bij deze wet vastgesteld, is niet begrepen de dag van welken zij beginnen te loopen, doch wel die waarop zij eindigen.

Indien de laatste dag eens termijns op eenen Zondag invalt, zal dezelve eerst den volgenden dag verloopen zijn.

De bepalingen der Wet op het recht van successie en overgang van 13 Mei 1859 n°. 36 luiden als volgt:

TITEL IV.

Van de vervolgingen en verjaringen.

Art. 62. De vervolging door 's Rijks ambtenaren voor de invordering der regten, verhoogingen en boeten krachtens deze wet verschuldigd, en de terugvordering door de belanghebbenden van betaalde regten ver-

hoogingen en boeten, worden op dezelfde wijze ingesteld en behandeld als bij de wetten op de registratie is bepaald.

Art. 63. Er is verjaring:

1°. in geval van verzuimde aangifte, voor de invordering van het regt van successie, van het regt van overgang van verhoogingen van regt en van boete, na vijf jaren, te rekenen van den dag van het overlijden, wanneer dat binnen het Rijk heeft plaats gehad, of in geval van overlijden buiten het Rijk, van den dag der inschrijving van de acte van overlijden in de registers van den burgerlijken stand hier te lande, of van den dag waarop acten of stukken waaruit het overlijden blijkt, gekomen zijn ter kennis van den rijksambtenaar, bij wien de aangifte is of had moeten worden gedaan. Er kan evenwel in dit laatste geval geene vordering worden ingesteld, wanneer dertig jaren na den dag van het overlijden zijn verloopen.

[In de gevallen bij het laatste lid van art. 20 bedoeld, na vijf jaren te rekenen van den dag waarop de termijn van aangifte ingaat. Art. 1. § 28 der wet van 1869, n°. 95.].

In het geval bij art. 59 vermeld, na vijf jaren, te rekenen van den dag der magtiging, der registratie van de acte of der in-bezittreding;

2°. voor de invordering der boeten, wegens te late eedsaflegging verbeurd, na één jaar, te rekenen van den dag waarop de eed is afgelegd;

3°. voor het vragen van waardeering door deskundigen volgens art. 38, na twee jaren, te rekenen van den dag der aangifte;

4°. voor de invordering of bijvordering van het, op de memorie van aangifte verschuldigde of te weinig geheven regt en verhooging, voor de vordering tot teruggave van betaalde regten, verhoogingen en boeten na twee jaren, te rekenen van den dag der aangifte.

Indien de vordering tot betaling of teruggave van eene voorwaarde afhankelijk is, begint de termijn te loopen van den dag waarop zij is vervuld of ontbreekt.

5°. voor de vorderingen, bedoeld bij de artt. 36 en 37 na twee jaren, te rekenen van het tijdstip waarop acten of stukken, waaruit blijkt of het gegrond vermoeden ontstaat dat verzuim heeft plaats gehad of verkeerde opgaven zijn gedaan, gekomen zijn ter kennis van den rijksambtenaar, bij wien de aangifte gedaan is of gedaan had moeten worden.

Indien de vervolging gedurende een jaar wordt gestaakt, zonder dat zij voor den regter is aanhangig gemaakt, is de verjaring onherroepelijk verkregen.

In al deze gevallen wordt een geding in den vorm van een burgerlijk rechtsgeding bij den burgerlijken rechter gevoerd. Terwijl de schriftelijke behandeling, bij het Wetb. van Burg. Regtsv. geregeld, zelden of nooit voorkomt, is dit met de hier bedoelde natuurlijk geheel anders. Bij geschillen over de hier bedoelde belastingen kan zij niet vermeden worden. Daarom is de kennis van die bepalingen veel belangrijker dan van die van het Wetboek; doch dit zal op sommige punten de bijzondere wet moeten aanvullen. Of de uitsluiting der mondelinge behandeling, die echter in cassatie als bij andere zaken weder wordt toegepast, gerechtvaardigd zij, is minstens twijfelachtig. Dat wij hier niet met zaken te doen hebben, die, om de reden in de toelichting van art. 162 B. R. vermeld, voor mondelinge behandeling niet vatbaar zijn, is duidelijk genoeg.

De vraag, of de bijzondere wijze van procedeeren bij de wet van frimaire voorgeschreven, door art. 1041 C. de Pr. was afgeschaft, werd, kort na de invoering van dat wetboek, door den franschen Conseil d'Etat bij advies van 1 Juni 1807 (bij FORTUYN, Verzam. II, bl. 439) terecht ontkennend beantwoord. Verg. BARTSTRA, n°. 828; VROOM I, op art. 15 *a*. Ofschoon het advies is gegeven ter verklaring van art. 1041 C. de Pr. en door art. 2 der wet omtrent de afschaffing zijne verbindende kracht heeft verloren, oordeelt FORTUYN t. a. p. terecht dat de inhoud van algemeen belang is en een algemeen beginsel behelst. Ook bij ons kan het nog wetenschappelijk gezag hebben met opzicht tot de beteekenis van gezegd art. 2. De wet van 22 frimaire staat tot ons Wetb. v. Burg. Rechtsv. in dezelfde verhouding als tot den Code de procédure en is als lex specialis door die lex generalis niet afgeschaft.

De behandeling zelve van dit onderwerp volge nu in eene afzonderlijke §.

§ 69. DE SCHRIFTELIJKE BEHANDELING; VERVOLG.

Loop van het registratie-proces.

Het bij de wet van 22 frimaire VII geregeld schriftelijk proces wordt op de volgende wijze gevoerd:

1. Het Bestuur der Registratie wordt bij een met redenen omkleed exploit gedagvaard, hetzij tot opheffing van het door dat Bestuur tot invordering der belasting of boete uitgevaardigde dwangschrift, hetzij tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde belasting of boete.

2. Antwoord van het Bestuur op die dagvaarding bij eene memorie, welke vóór den dienenden dag of binnen een daartoe op dien dag door den rechter bepaalden termijn, aan de tegenpartij beteekend wordt.

3. Repliek en dupliek eveneens bij memoriën beteekend, binnen een door de Rechtbank bepaalden termijn.

4. Na afloop van den bepaalden termijn worden de stukken aan de Rechtbank overgelegd. De Rechtbank benoemt een rechter-rapporteur en de dag voor het rapport wordt door dezen bepaald.

5. Rapport ter openbare terechtzitting.

6. Conclusie van het Openbaar Ministerie.

7. Uitspraak.

Ad 1um. De partijen in dit geding zijn de belastingschuldige en het Bestuur der Registratie, tegenwoordig uitgeoefend wordende door den Minister van Financiën. De processen plegen op naam van dat Bestuur door de daartoe aangewezen ambtenaren gevoerd te worden, zonder dat daarbij altijd van den Minister van Financiën wordt melding gemaakt. De wet van frimaire spreekt met het oog op de instellingen van dien tijd van „la Régie" en „les préposés de la Régie." De Administratie, aan welke thans de zorg voor de inning dezer belasting is opgedragen, kan ook nog door die benaming worden aangeduid. Bij LITTRÉ in v°. Régie leest men: „Administration chargée de la perception des impôts."

Art. 63 der wet van frimaire, hetwelk als de inleiding kan beschouwd worden op den titel „des poursuites et instances" zou kunnen doen denken dat de belastingschuldige, voordat hij een proces tegen het Bestuur begint, de beslissing van dat Bestuur zelf had in te roepen. Dit zou de wetgever evenwel moeilijk kunnen voorschrij-

ven en het artikel zegt dan ook inderdaad niets anders dan dat, zoolang er geen proces aanhangig is, de beslissing over de toepassing der wet aan het Bestuur is opgedragen. Zijne beslissingen binden de ambtenaren, en de belastingschuldigen kunnen zich daaraan onderwerpen. Het Bestuur kan evenwel altijd op eene eens gegeven beslissing in een ander gelijkstaand geval en ook op eene aan den belastingschuldige zelven gegevene ongunstige beslissing terugkomen. Voor den belastingschuldige heeft het vragen van eene beslissing van het Bestuur dit voordeel, dat, indien hij eene gunstige beslissing verkrijgt, een proces overbodig wordt, dat hem altijd geld kost, als hij zich zelven daarin niet helpen kan en daarom rechtsgeleerde hulp behoeft.

Er wordt hier door mij niet alleen van de verdediging en den daaruit ontstanen strijd gesproken, maar ook van de wijze waarop het geding aanhangig gemaakt wordt, omdat daarbij eene afwijking voorkomt van de gewone procedure. Wel wordt ook hier gedagvaard, maar de dagvaarding wordt altijd tegen het Bestuur uitgebracht, niet alleen wanneer de belastingschuldige z. i. onverschuldigd betaalde belasting terugvordert, maar ook als hij tot betaling van belasting vervolgd wordt. Dit is het gevolg van het voorrecht dat aan de Schatkist voor de invordering ook van deze belasting is gegeven. Beweert nl. het Bestuur, dat er belasting verschuldigd is en wordt deze niet vrijwillig betaald, dan heeft het daartoe geen vonnis te vragen; het vordert de belasting in bij een in den behoorlijken vorm opgemaakt en uitgevaardigd dwangschrift, hetwelk de kracht heeft van een vonnis in executorialen vorm afgegeven. Dit is het dusgenoemde recht van parate executie. De belastingschuldige is alzoo dadelijk bij niet-betaling aan eene gerechtelijke tenuitvoerlegging door uitwinning zijner goederen blootgesteld. Wil hij deze voorkomen dan moet hij een eisch instellen; hij moet zich, als ware er een vonnis bij verstek tegen hem gewezen, tegen de tenuitvoerlegging van het dwangschrift verzetten en vorderen dat het worde vernietigd of buiten werking gesteld, op grond dat hij de van hem gevorderde belasting niet schuldig is.

De vorm van het dwangschrift wordt in art. 64 der wet van frimaire aangewezen. Het verzet geschiedt, volgens dezelfde bepaling, bij eene dagvaardig die de gronden moet bevatten waarop het steunt, en den dag moet aanwijzen waarop het Bestuur verschijnen moet.

Terwijl het dwangschrift wordt uitgevaardigd door den ontvanger aan wiens kantoor de betaling moet geschieden, wordt ook het Bestuur in den persoon van dien ontvanger gedagvaard; het exploit wordt althans aan hem beteekend. De overige vereischten der dagvaarding moeten uit het wetboek van burgerlijke rechtsvordering worden aangevuld.

De opposant moet bij het exploit woonplaats kiezen. Van een procureur wordt niet gesproken. De instelling der procureurs bestond bij de uitvaardiging der wet van frimaire in Frankrijk niet. Later werd zij wel weder ingevoerd, doch in de wet van 27 Ventôse IX, art. 17, werd uitdrukkelijk bepaald dat de partijen niet gehouden zijn zich in deze procedure door procureurs te doen vertegenwoordigen. Wat hier als eene gunst schijnt toegekend aan den belastingschuldige, is er veeleer eene voor de schatkist. Het Bestuur heeft geen procureur of anderen raadsman noodig; het heeft zijn ambtenaren, aan wie het de heffing der belasting en ook de verdediging zijner belangen onder zijn toezicht kan opdragen. De belastingschuldigen zullen in den regel rechtsgeleerde hulp behoeven. Bedienen zij zich dan van een procureur of advocaat, de kosten daarvan zullen, al winnen zij het proces, altijd voor hunne rekening blijven. Art. 65 § 2 bepaalt nog uitdrukkelijk: „Il n'y aura d'autres frais à supporter pour la partie qui succombera que ceux du papier timbré des significations et du droit d'enrégistrement des jugemens."

Ik ga van de onderstelling uit dat, èn bij verzet tegen het dwangschrift èn bij terugvordering van betaalde belasting, de procedure van de wet van 22 frimaire van toepassing is. De jurisprudentie is in dien zin gevestigd van de invoering der wet af, al komen er enkele afwijkingen voor, en men zou hier kunnen toepassen het „Non sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt". Daar is anders wel wat tegen te zeggen, gelijk ik opmerkte in het Rechtsgel. Bijblad XIII (1863), bl. 543. Wordt de bijzondere wijze van procedeeren gevolgd, dan moet m. i. ook de terugvordering van onverschuldigd betaalde belasting tegen het Bestuur of den Minister in den persoon des Ontvangers, die de heffing deed, worden ingesteld t. a. p. bl. 544. Zie arr. H. R. 20 December 1872 en vooral de conclusie van den proc.-gen. Mr. Karseboom in W. v. h. R. n°. 3539, (alwaar die conclusie ten onrechte aan den adv.-gen. Römer wordt toegeschreven), en de opmerking van denzelfden magistraat in zijne

conclusie voorkomende in W. v. h. R. no. 3324, bl. 1 n[t]. 1, en in Rechtsg. Bijblad XXII (1872) bl. 9 n[t]. 1.

De bepaling welke de verplichting tot procureurstelling uitsluit is dan ook bij de terugvordering van toepassing. Van eene andere meening was de Rechtb. te 's Hertogenbosch, die bij vonnis van 8 Februari 1860 (Per. Woordenboek 1860, I, bl. 104) eene dagvaarding, houdende terugvordering van betaald registratierecht, nietig verklaarde, omdat daarbij geen procureur gesteld was, terwijl de bijzondere wijze van procedeeren in registratiezaken niet toepasselijk zou zijn. Het schijnt dat de Rechtbank ambtshalve die nietigheid heeft uitgesproken, te oordeelen naar de resolutie van den Minister t. a. p. in het Per. Woordenboek vermeld, waarbij werd te kennen gegeven, dat deze beslissing in strijd is met art. 17 der wet van Ventôse.

De belastingschuldige, die zich tegen het dwangschrift verzet en de opheffing daarvan eischt, is even goed als hij die 't betaalde recht terugvordert, eischer. Het Bestuur is alzoo altijd gedaagde. De opposant is eischer omdat hij de aanlegger is; van hem gaat de acte uit die het geding doet ontstaan als de tegenpartij zich daarop inlaat. Hij is eischer en opposant, evengoed als hij die zich tegen een vonnis bij verstek gewezen verzet of tegen de tenuitvoerlegging van een vonnis in verzet komt.

De voorstanders van het tegenovergesteld gevoelen hebben uit het oog verloren dat het dwangschrift niet eenvoudig „le premier acte de poursuite" genoemd wordt, maar „de poursuite pour le recouvrement des droits", en dat met die acte het geding nog niet is aangelegd. De aanleg of instantie begint als in elk ander proces met de dagvaarding. Daardoor heeft plaats wat in art. 65 „l'introduction des instances" genoemd wordt. Zeker ligt wat aan de „inleiding der instantie" voorafgaat buiten die instantie. Verder werd wel uit het oog verloren dat hiermede alleen is uitgemaakt dat de opposant formeel eischer en het Bestuur formeel gedaagde is. Bij de wisseling der memoriën gaat derhalve de laatste memorie van het Bestuur uit, maar als er voor de verschuldigdheid van belasting of van boete bewijs te leveren is, zal dit door het Bestuur moeten geleverd worden, niettegenstaande het gedaagde is. Daaraan staat immers het adagium: „actori incumbit probatio" niet in den weg, mits het in zijn waren zin worde verstaan! Ik ontwikkelde dit punt nader in Rechtsg. Bijblad XVI (1866), bl. 70 vv. Hetzelfde gevoelen wordt verdedigd in Rechtsgel. Adviezen VII. bl. 120. Verg. ook R. Bijbl. XVII (1867) bl. 72, VROOM, bl. 202 (*h.*)

De opposant is als eischer verplicht te zorgen dat de zaak vóór den dienenden dag op de rol worde gebracht. De bijzondere rol, welke volgens art. 56 van het Decreet van 30 Maart 1808 voor deze en daaraan verwante zaken moest gehouden worden, en welke bij v. d. Honert, Formulierboek, n°. 496, aant. v^{23} ondersteld wordt nog te bestaan, is door het krachtens de wet op de R. O. ingevoerde reglement n°. 1, hetwelk die bijzondere rol niet meer voorschrijft, vervallen.

Ad 2um et 3um. Daar de procureurstelling vervalt, is de eerste handeling van den gedaagde het dienen van antwoord bij eene eenvoudige memorie. Ook gaan daaraan geene conclusiën vooraf zooals bij de schriftelijke behandeling naar het Wetb. van Rechtsvordering kan voorkomen, vermits hier de schriftelijke behandeling vooraf bij de wet is bepaald en niet eerst na gebleken onvatbaarheid voor mondelinge behandeling door den rechter bevolen wordt. De instructie is ook tot wisseling van memoriën beperkt; geene conclusiën ter audientie volgen daarop, zooals bij de vroegere gewone behandeling. Art. 65, hetwelk voorschrijft dat de instructie geschiedt bij eenvoudig over en weder beteekende memoriën, wordt in art. 17 der wet van Ventôse herhaald met uitdrukkelijke bijvoeging: „sans plaidoiries". Deze uitsluiting der mondelinge behandeling belet volgens Dalloz XXII, n°. 5773 niet dat de rechter ter audientie aan de partijen inlichtingen vrage omtrent hetgeen in de memoriën min duidelijk mocht zijn voorgesteld. Bij arr. van 20 Maart 1816, Dalloz l. c., overwoog dan ook het Hof v. Cass. „que la disposition de l'art. 65 de la loi du 22 frim. an 7 ne s'oppose pas à ce que le tribunal saisi d'une opposition à une contrainte décernée par la régie de l'enrégistrement, entende, à l'audience, les parties elles-mêmes lorsqu'il le croit nécessaire". In dit geval had de rechtbank, zich niet voldoende ingelicht achtende, de verschijning van partijen bevolen. Het „sans plaidoiries" sluit de toepasselijkheid van art. 49 B. R. niet uit. Ook leidt de analogie van het tegenwoordig art. 144 § 2 tot de bevoegdheid des rechters om inlichtingen te vragen. Echter kan ik niet inzien dat in strijd met het vermeld arrest zou zijn rechtgesproken of dat, gelijk Dalloz opmerkt, het Hof van Cassatie de juiste maat zou hebben overschreden, toen het besliste dat vernietigd moest worden een vonnis waaruit bleek dat het gewezen was „après avoir entendu, sur sa demande, la partie dans ses observations". Daar werd niet slechts ééne der partijen ter terechtzitting gehoord, het

geschiedde ook niet op last van den rechter te zijner inlichting, maar op eigen verzoek om inlichting te geven. Indien al niet reeds die eenzijdige inlichting ware af te keuren, dan nog had het Hof v. Cass. gelijk, dat dergelijke inlichtingen als pleidooien moeten worden beschouwd, DALLOZ n°. 5774.

De memoriën worden onderteekend door den ambtenaar der registratie met het vervolgen der instantie belast; gewoonlijk is dit de Directeur of de eerste ambtenaar in den kring waarin het kantoor gelegen is, al geschiedt de beteekening dier memoriën ten verzoeke van den Ontvanger tegen wien het geding wordt aangelegd. Zie hierover een arrest van den H. Raad 13 April 1871, Regtsgel. Bijblad XXII (1872) bl. 11 vernietigende vonnis Winschoten op de conclusie van den adv.-gen. KARSEBOOM t. a. p. bl 8. De memorie van den belastingschuldige wordt onderteekend door hem zelven of door een procureur, wiens ministerie wel niet verplicht maar toch ook niet uitgesloten is, of door een advocaat even bevoegd om zich met het voeren van dit geding in die hoedanigheid te belasten en ten verzoeke van den belastingschuldige beteekend. De beteekening behoeft niet door een e e r s t e n deurwaarder te geschieden, omdat het hier niet geldt eene acte van procureur tot procureur. De acte van beteekening kan dan ook niet in den eenvoudigen vorm van de acten van procureur tot procureur beteekend worden; de deurwaarder moet de vormen voor exploiten van beteekening in het algemeen geldende (B. I, tit. I, afd. 1 B. R.) in acht nemen.

Wat de wisseling der memoriën aangaat: de wet van frimaire is zóó laconiek op dit punt, dat eene zeer verschillende procedure kan gevolgd worden. Zij wordt dan ook bij al onze rechtbanken niet op dezelfde wijze gevoerd. (Zie Pasicrisie t. a. p. n°. 490 vv.) Mij komt de eenvoudigste en het meest met de wet van frimaire overeenstemmende procedure voor deze te zijn, dat het verzet hetwelk met redenen omkleed behoort te zijn, met eene memorie van antwoord door het Bestuur worde beantwoord; dan kan nog eene memorie van repliek van den eischer-opposant en eindelijk eene memorie van dupliek van het Bestuur volgen. Anderen willen het verzet of de eisch tot teruggave eerst nader bij memorie van eisch geadstrueerd hebben. Dit is wel overeenkomstig met de mondelinge behandeling in de thans gewone zaken, in zoover als die met eene conclusie van eisch begint,

niettegenstaande de dagvaarding den eisch reeds gemotiveerd had, doch, terwijl het exploit van verzet of terugvordering met redenen omkleed moet zijn, kan die memorie van eisch, als niet bij de wet voorgeschreven, zonder schade wegblijven. Doch het is niet alleen dit utiliteitsargument dat voor de aangeduide wijze van behandeling pleit. Bij de mondelinge behandeling wendt de eischer zich op de terechtzitting tot den rechter, terwijl de dagvaarding tot den gedaagde gericht was. Hier wordt door de beteekening van den eisch en van de memoriën de zaak tusschen partijen verhandeld en heeft de eischer na zijn eisch aan den verweerder voorshands niets naders mede te deelen. Men denke aan de wisseling der schrifturen welke in de vroegere gewone behandeling was voorgeschreven en die ook met een schriftuur van antwoord op de dagvaarding begon.

Het Bestuur doet alzoo de memorie van antwoord beteekenen zoo mogelijk vóór den dienenden dag. Heeft dit geen plaats gehad, dan bepaalt de Rechtbank op dien dag den termijn binnen welken de memorie van antwoord en die van repliek en dupliek of, als de eerste reeds ingediend was, deze beide laatste zullen moeten beteekend worden. Dan bestaat voor de Rechtbank tevens de gelegenheid om te zorgen, dat zij binnen drie maanden na de dagvaarding kan vonnissen om daarnaar al dadelijk de termijnen te regelen, die niet langer dan van dertig dagen (trois décades) mogen zijn, art. 65 § 2. Op deze wijze worden herhaalde verschijningen ter rolle vermeden, die zullen moeten plaats hebben wanneer aan elke partij de termijn voor hare memorie eerst verleend wordt na de beteekening der memorie van de tegenpartij, gelijk bij sommige rechtbanken geschiedt. Nog omslachtiger en kostbaarder wordt de procedure, wanneer iedere partij op hare beurt den termijn aanvraagt bij een aan de tegenpartij beteekend verzoekschrift, waarop dan weder eene beschikking van de Rechtbank moet volgen, die dan wel weder zal moeten worden beteekend. Alsof de laatste wijze de door de wet gewilde was wordt het voorgesteld in het Formulierboek van v. d. Honert, bl. 737 v.

De Minister van Financiën schreef bij resol. van 11 Mei 1853 (Per. Woordenboek, n°. 1194) het mondeling verzoek voor in overeenstemming met het gevoelen van den toenmaligen Minister van Justitie, Desniettegenstaande willen sommige rechtbanken schriftelijke verzoeken, zegt van Hoytema, n°. 408, waaraan men wel heeft moeten toegeven. Van wege het Bestuur schijnt wel eens bij den Officier van Justitie aanzoek gedaan te zijn om verzoek tot uitstel te doen (Vroom.

bl. 210 (*g*.) Deze ambtenaar mist evenwel daartoe elke qualiteit.

Ten aanzien der termijnen van 30 dagen voor de memoriën en van drie maanden voor het vonnis dient nog opgemerkt, dat deze door de jurisprudentie beschouwd worden als van reglementairen aard, zoodat na afloop der termijnen wel op de stukken der tegenpartij kan worden recht gedaan, maar dat ook nog wel naderhand stukken kunnen worden ingediend en de Rechtbank zoo noodig nog uitstel kan geven. DALLOZ, n°. 5734, 5776; CHAMPIONNIÈRE IV, n°. 4021, VI, n°. 1026. Dat uitstel kan dan gevraagd worden als de tegenpartij tot overlegging der stukken doet oproepen. Zie n°. 4.

Ad 4um. Wanneer de laatst toegestane termijn verloopen is, hetzij er eene memorie ingediend werd of niet, zal de meest gereede partij de andere ter terechtzitting doen oproepen, indien niet de Rechtbank, bij het verleenen der termijnen, heeft bepaald dat de zaak alsdan weder zou worden opgeroepen. Dan worden op die terechtzitting de stukken overgelegd en gesteld in handen van den rapporteur. Die rapporteur wordt benoemd door de Rechtbank, niet door den President, zooals wel in de fransche rechtspraak geschiedt. De rapporteur bepaalt dan dadelijk den dag waarop hij rapport zal doen, zoodat de zwarigheid vervalt, welke naar het Wetboek van Burg. Rechtsv. bestaat omtrent de bekendheid van partijen met dezen dag.

Ad 5um. Op dit rapport, hetwelk openbaarheid aan de zaak geeft, is de bepaling van art. 174 B. R. van toepassing Zie hierboven bl. 164.

Ad 6um. De noodzakelijkheid der conclusie volgt uit art. 65, „les conclusions du directoire exécutif" en bovendien uit art, 324 n°. 1 B. R.

AFDEELING III.

DE BESLISSING DES RECHTERS. (*)

§ 70. BEGRIP VAN VONNIS EN ONDERSCHEIDING VAN VONNISSEN.

Uit het wetboek van Burg. Rechtsv. hebben we in deze afdeeling voornamelijk die bepalingen te bespreken, welke het onderwerp uit-

(*) Over de vonnissen werd eene afzonderlijke verhandeling geschreven door PONCET, Traité des jugemens, in 2 deelen Paris 1822. Zie ook DALLOZ. Répertoire in v°. Jugement XXIX, p. 226 vv. Pandectes belges v°. jugement. T. LVI. kol. 205—552.

niettegenstaande de dagvaarding den eisch … ›epalingen
doch, terwijl het exploit van verzet of te… .ldaar voor-
omkleed moet zijn, kan die memorie va… .nden in ver-
voorgeschreven, zonder schade wegblijv… en voldingen
utiliteitsargument dat voor de aa… behandeld in het
pleit. Bij de mondelinge behar…
terechtzitting tot den rechter, … het Ontwerp B. I
gericht was. Hier wordt do… als art. 49 dat een
de memoriën de zaak tus… tot de bewijsvoering
na zijn eisch aan den ve… de tenuitvoerlegging in
Men denke aan de… …an deze bepalingen zullen
gewone behandel… …osten zullen, als tot den inhoud
van antwoord … door ons in deze afdeeling behandeld

Het Best… …p geeft ook hier terecht bepalingen over de
mogelijk … jurisdictie. Deze ligt evenwel buiten onze behandeling.
paalt …
van …

De door de partijen gevoerde strijd wordt bij een vonnis des rechters beslist.

Het vonnis is alzoo de uitspraak des rechters over het aan zijn oordeel onderworpen geschil; de beslissing van het geschil welke de rechter uitspreekt, na daarvan langs den voor het voeren van het geding aangewezen weg kennis te hebben genomen.

In het woord vonnis ligt dat oordeelen na kennis genomen te hebben van het geschil, (vinden, bevinden,) meer bepaald het vinden van het recht in concreto, opgesloten.

Van vonnis in de eigenlijke beteekenis van het woord moeten wél onderscheiden worden de beschikkingen, welke de rechter op verzoekschriften geeft buiten rechtsgeding en waarmede hij handelingen van voluntaire jurisdictie pleegt. In ruime beteekenis kunnen zij onder de benaming van vonnis begrepen worden, zooals in het Ontwerp B. I, tit. VI, art. 1: Onder vonnissen verstaat de wet alle rechterlijke uitspraken en beschikkingen." De ontwerper meent dat het woord vonnis, naar de terminologie van ons privaatrecht, ook de beschikkingen omvat. Ik wil niet tegenspreken dat het woord vonnis wel in dien algemeenen zin voorkomt, maar in de Grondwet worden in art. 162 (thans 165) handelingen en beschikkingen naast de vonnissen genoemd en in art. 156 (thans 161) zijn ook, blijkens het

¹, (Verg. VOORDUIN, Gesch. en beg. der Grondwet, op art. en VI) alleen beslissingen, geen beschikkingen onder de begrepen. Evenzoo art. 174 in verband met art. 172 en 173 lezing van de Grondwet. Men vergelijke ook art. 33 lende eene nieuwe rechterl. inrichting van 1861. Het t oog op den door de Grondwet gestelden eisch van der uitspraak, dat op die beperkte, m. i. van het vonnis gelet moet worden. Eene be- ven of genomen, niet uitgesproken, verg. kening der beschikking." In den eersten tijd etgeving heeft dit punt aanleiding tot veel ien gegeven. Verg. OUDEMAN I, § 21, bl. 55. Men wel in het oog dat er wel een vonnis in de hier bedoelde kenis kan worden gewezen, ofschoon het geding bij een verzoekschift werd aanhangig gemaakt. Zie art. 496 B. W.

De rechter neemt kennis langs den voor de gedingvoering voorgeschreven weg en alzoo na het hooren van beide partijen, gelijk art. 45 § 1 dit aanwijst. Dit geschiedt ook, al ware reeds vóór de uitspraak des rechters, door toegeven van den verweerder, geen geschil meer aanwezig, maar er niettemin een vonnis door partijen gevraagd wordt. De vorm van een geding is dan ook in dat geval in acht genomen.

Met het hooren van beide partijen staat gelijk het geval dat zij wel in rechte verschenen zijn, doch eene van haar, van de gelegenheid om hare beweringen voor den rechter nader te ontwikkelen, geen gebruik gemaakt heeft.

Doch ook als de verweerder niet verschijnt, beslist de rechter bij vonnis een geschil, dat ten gevolge van des eischers dagvaarding geacht werd te bestaan, en hij beslist dit langs den weg van het geding, al wordt dit door die niet-verschijning zeer onvolkomen gevoerd, en al heeft het vonnis niet de kracht van een dat op tegenspraak werd gewezen.

In verband met deze opmerking staat eene eerste onderscheiding der vonnissen.

Van de vonnissen moeten, ook al zijn het rechterlijke uitspraken, onderscheiden worden bevelschriften door den kantonrechter, den president van een college of een rechter-commissaris gegeven in de bijzondere bij de wet voorziene gevallen. Van de eerste hadden wij

o. a. een voorbeeld in de toelating om op korten termijn te dagvaarden. Bij dergelijke uitspraken wordt geen geschil beslist. Bij de Franschen heeten dit ordonnances. In het Ontwerp wordt in tit. Vl art. 1 uitdrukkelijk bepaald, dat de titel van vonnissen daarop niet van toepassing is.

Kan zoodanige bepaling wel overbodig geacht worden, anders is het met de in de tweede plaats aldaar uitgeslotene „rechterlijke bevelen ter rolle gegeven tot uitstel of voortgezette behandeling der zaak." Hier is althans eene gelijkstelling met preparatoire vonnissen mogelijk. Deze werd ten minste beweerd voor den Hoogen Raad, die evenwel de bewering verwierp en tot de preparatoire vonnissen niet wilde brengen „een eenvoudig bevel of rechterlijk dictum ter rolle, hetzij tot het houden eener zaak in advies of tot uitstel van uitspraak, of een bevel tot verhoor van het O. M. of tot bepaling van pleidooi of voortgang." Arr. 16 Juni 1848 bij v. d. Honert, B. R. X, bl. 19.

Men kan de vonnissen onderscheiden in:

a. Vonnissen op tegenspraak of contradictoire vonnissen en vonnissen bij verstek.

Wij houden ons vooreerst aan de onderstelling, waarvan bij de behandeling van „de verwering en den strijd" is uitgegaan, dat de partijen verschijnen. Over vonnissen bij verstek, gevolg van nietverschijning, spreek ik nader in deze afdeeling en knoop daaraan vast, wat er bij den rechter voorvalt voordat hij zoodanig vonnis wijst.

Met deze onderscheiding staat in verband het rechtsmiddel dat tegen het vonnis kan aangewend worden: de bij verstek veroordeelde heeft het middel van verzet aan het oordeel van denzelfden rechter te onderwerpen en eerst tegen het daarop gewezen vonnis het middel van hooger beroep, indien de zaak daarvoor vatbaar is.

b. Vonnissen en arresten.

Bij deze onderscheiding staat vonnis als species tegenover arrest, welke laatste dan ook eene bijzondere soort van vonnissen in ruimere beteekenis uitmaken.

Het Ontwerp zegt in het aangehaald art. 6 uitdrukkelijk: „Arres-

ten zijn vonnissen van den Hoogen Raad of van de Gerechtshoven," op het voorbeeld van het fransche Senatusconsulte organique du 28 floréal XII art. 134: „Les jugements des cours de justice sont intitulés arrêts." Onder vonnissen in algemeenen zin zijn dus ook arresten begrepen.

Arrest is eigenlijk de benaming van een vonnis in het hoogste ressort gewezen. Vandaar zeer natuurlijk voor de vonnissen van de hoogere colleges, die vooral in hoogere instantie en daardoor in het hoogste ressort recht spreken. In art. 360 B. R. wordt duidelijk in dezen zin, nl. als voor het hoogste ressort, gezegd, dat de Hooge Raad, in het daar bedoelde geval, in eersten aanleg oordeelt bij arrest. Doch alle vonnissen van den H. Raad, al zijn zij aan revisie onderworpen, heeten arresten, evenals die van de Hoven, al kan men daarvan in hooger beroep komen. Daarentegen blijven de vonnissen van Rechtbanken of Kantonrechters, al werden zij in het hoogste ressort gewezen, vonnissen heeten. Zie artt. 90 en 94 R O.

De oorspronkelijke beteekenis van arrest doet waarschijnlijk den wetgever in art. 91 R. O. van de vonnissen der [provinciale] gerechtshoven in eersten aanleg spreken. Ook worden de in het hoogste ressort door de Hoven gegeven uitspraken in art. 106 nog vonnissen genoemd; doch overigens heeten de uitspraken der Hoven evenals die van den H. Raad, arresten, art. 95, 105 R. O. Zie nader Dl. V. bl. 222.

c. Vonnissen in het eerste en in het hoogste ressort.

Voor het eerste ressort ook wel: eerste aanleg. De eerste aanleg of het eerste ressort kan ook het hoogste zijn. De benaming is daarvan afhankelijk of het vonnis al of niet voor hooger beroep vatbaar is. Het hoogste ressort is wel het ressort van den rechter in hooger beroep, niet van den rechter in cassatie. Het middel van cassatie kan alleen aangewend worden tegen vonnissen of arresten in het hoogste ressort gewezen, art. 95 R. O. Is het vonnis in het hoogste ressort door den rechter in hooger beroep gewezen dan wordt het ook vonnis in appèl of in hooger beroep genoemd.

d. Vonnissen en gewijsden.

Uit zich zelf zou gewijsde voor ieder vonnis, waarbij eene zaak wordt uitgewezen, gebruikt kunnen worden, evenals res iudicata voor sententia. Cf. v. SAVIGNY VI, bl. 298. In de tegenstelling beteekent vonnis eene rechterlijke uitspraak, welke nog voor verandering vatbaar is, gewijsde eene beslissing welke niet meer bestreden kan worden. Daarmede is het onderscheid in het algemeen aangewezen. De grenzen van het gewijsde moeten evenwel nog nader bepaald worden. De wetgever spreekt wel in meer dan een artikel van: een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, of van: een gewijsde en van uiterlijk gewijsde, maar hij bepaalt het begrip daarvan zelf niet nader. Artt. 125, 246, 503, 1445, 1895, 1899, 1953 n°. 3, 1954, 1955 B. W. art. 829, 899 (oud) K., art. 270 B. R.: „eindvonnis in het h. ressort of in kracht van gewijsde zaak gegaan".

Wij duiden het begrip van gewijsde ook wel aan met de romeinsche uitdrukking res iudicata (fr. chose jugée), welke op elke rechterlijke uitspraak toepasselijk is, doch in het bijzonder naar het Can. recht (C. 13, 15 X, de sentent. 2, 27) werd gebruikt voor zoodanige uitspraak die voor geen hooger beroep meer vatbaar was, en dan is res iudicata eene „sententia indubitata quae nullo modo adtemptari potest. 1. 23 § 1 D. de cond indeb. 12. 6, waarbij men dan het „nullo modo" van het gewone middel van appèl verstaat en de restitutio in integrum buiten aanmerking laat. BAYER, Vorträge üb. den Civilprozess, § 137. Ook de fransche juristen beweren dat onder de fransche wetgeving het gewijsde is een vonnis, dat niet meer door de gewone middelen, zijnde het middel van verzet of dat van hooger beroep, kan worden bestreden. Of cassatie, request civiel of derde verzet nog openstaan, belet volgens hen niet dat het vonnis een gewijsde zij. Bij ons is DIEPHUIS IX, n°. 363, van hetzelfde gevoelen, hetwelk hij als eene recepta sententia voordraagt. Anders denken daarover BONNIER, Traité des preuves 2me ed. n°. 758, 4me ed. (1873) II, n°. 861 en Mr. BINNERTS, De exceptie van gewijsde, Acad. proefschr., Leiden 1867, bl. 15, de laatste op grond dat de nederl. wetgever het onderscheid tusschen gewone en buitengewone middelen niet meer kent, en omdat onze wetgever waar hij van eene gewijsde spreekt, duidelijk bedoelt eene beslissing die onherroepelijk tusschen partijen vaststaat. Ik merk daartegen op dat, al is de onderscheiding in gewone en bnitengewone middelen (zie C. de Pr. I, Livre IV) vervallen, het onderscheid tusschen die middelen toch niet vervallen is, en daarmede bedoel ik niet het verschil in de uitgebreidheid waarin zij kunnen worden aan-

gewend, maar in den invloed welken hunne aanwending op het vonnis uitoefent. Zoo hebben nl. verzet, hooger beroep, revisie en cassatie eene schorsende kracht op de tenuitvoerlegging van het vonnis, en daardoor maken zij de gevallen uitspraak in hare werking onzeker zoolang als zij aangewend kunnen worden, terwijl request civiel en verzet door derden de kracht en werking van het vonnis ongedeerd laten, zoolang zijne vernietiging niet is uitgesproken. Daarbij komt dat de vatbaarheid voor verzet, appèl of cassatie uit het vonnis zelf blijkt. Met het request civiel is dit anders en niet alleen is de termijn gedurende welken het middel openstaat soms zeer onzeker (art. 385 § 2, art. 387), maar altijd moeten er bijzondere in de wet aangewezen gronden voor dit middel bestaan. Voor het derde verzet is in het geheel geen termijn bepaald en de aanwending daarvan hangt van een moeilijk te beoordeelen of te onderstellen belang van derden af. Zoolang het middel van verzet, hooger beroep, revisie of cassatie kan aangewend worden, is in 't algemeen niet alleen de waarschijnlijkheid daarvan aan te nemen, maar wordt ook onmiddellijk bij de aanwending, door de schorsing der tenuitvoerlegging. de geheele zaak op losse schroeven gesteld; aanwending van request civiel of verzet door derden is zeer onwaarschijnlijk, inderdaad buitengewoon en niet te voorzien. Worden deze laatste middelen aangewend, dan schorsen ze de tenuitvoerlegging niet eens, al kunnen ze de vernietiging van het vonnis ten gevolge hebben. Daarom zou ik meenen, dat een vonnis een gewijsde is ook al kunnen deze middelen nog aangewend worden. Meer zekerheid dan de uitsluiting van verzet, hooger beroep, revisie en cassatie aan het vonnis geeft, geloof ik ook niet dat de wetgever in de artikelen, waar hij van een gewijsde spreekt, onderstelt. Vergeten wij niet, dat hij schreef onder de heerschappij van het fransche begrip van chose jugée. Zie bijv. art. 1895 doch ook 1899 § 2 B. W., verg, ook art. 276 B. W., waar voor gewijsde gesproken wordt van een „vonnis dat voor geen wettelijk beroep vatbaar is." Voorts art. 270 B. R. waar een eindvonnis in het hoogste ressort met een gewijsde wordt gelijkgesteld. Dat, waar cassatie openstaat, een vonnis nog geen gewijsde is, is het gevolg daarvan, dat onze wetgever ook aan de cassatie schorsende kracht toekent. Duidelijk vat de wetgever het gewijsde in deze beteekenis op in art. 57 der onteigeningswet. DIEPHUIS is, in Systeem III, 241 van oordeel, dat ook zoolang het middel van cassatie openstaat het vonnis geen kracht van gewijsde heeft. Het middel van request civiel komt

ook z. i. niet in aanmerking; over derde verzet laat hij zich niet uit. Ten onrechte beweert MARCADÉ, ad art. 1351 C. C., I, dat een vonnis ook reeds een gewijsde is, wanneer het daartegen openstaande middel van verzet of appèl nog niet is aangewend. Hij beroept zich daarbij op POTHIER, Oblig. n°. 852, die, voor zoover hij dit gevoelen begunstigt, daarbij van eene m. i. onjuiste uitlegging van art. 5 tit. XXVII der ord. van 1667 uitgaat. De woorden in dat artikel voorkomende „dont il n'y a appèl" beteekenen m. i. niet „van welke geen appèl is ingesteld", maar „van welke geen hooger beroep vrijstaat." O. 1820 bevat in art. 3426 eene zeer nuttige bepaling, dewijl daarin de bepaalde omstandigheden worden aangewezen welke aanwezig moeten zijn zal een vonnis een „uiterlijk gewijsde" genoemd kunnen worden.

e. Incidenteele en eindvonnissen.

Incidenteele of op een incident gewezen vonnissen worden alle zoodanige vonnissen genoemd, welke door den rechter uitgesproken worden op geschillen, die zich in den loop van een geding voordoen en dien loop gewoonlijk stremmen. In deze tegenstelling zijn eindvonnissen de zoodanige, waarbij het geding tusschen partijen beslist wordt zoo dat er geen geschil meer tusschen partijen door den rechter te beslissen overblijft.

f. Provisioneele vonnissen of vonnissen bij voorraad, en eindvonnissen.

De eerstgenoemde zijn de zoodanige welke op een bij voorraad (provisie) gedanen eisch gewezen worden, waarover I, bl. 255. Art. 51 maakt van deze onderscheiding melding om den rechter de bevoegdheid toe te kennen den provisioneelen eisch tegelijk met den principalen te beslissen, de uitspraak bij voorraad alzoo in het eindvonnis optenemen. Op deze bepaling zullen wij de gelegenheid hebben bij de behandeling der procedure die voor de provisie gevolgd wordt, terug te komen. Zie III § 79. Eene toepassing van deze onderscheiding wordt ook gemaakt in art. 56 § 2.

g. Definitieve of eindvonnissen, preparatoire of voorbereidende en interlocutoire of bij tusschenspraak gewezen vonnissen.

In tegenstelling van de provisioneele vonnissen zijn de interlocutoire en preparatoire beide als voorbereidende vonnissen te beschouwen. Beide toch hebben de strekking om maatregelen te bevelen, welke den rechter in staat zullen stellen de zaak zelve bij het eindvonnis te beslissen. Eene provisie daarentegen is van de instructie op de hoofdzaak onafhankelijk.

De nadere onderscheiding van deze preparatoire in specie en interlocutoire berust vooral op de omstandigheid, of de uitspraken van invloed zijn op de beslissing van de hoofdzaak, zoodat deze daarvan afhankelijk kan wezen, daardoor geprejudiceerd wordt, in welk geval het vonnis is interlocutoir, of wel geen invloed hebben op de beslissing der hoofdzaak, dus zuiver voorbereidend zijn, in welk geval zij bij uitsluiting preparatoir worden genoemd. De wetgever neemt deze onderscheiding aan en omschrijft ze nader in art. 46 B. R. Gewichtige gevolgen knoopen zich daaraan vast, zooals bij het appèl in art. 336 en 337, welke tot de nadere behandeling der onderscheiding gelegenheid zullen geven.

De vraag, welke de beteekenis zij van het aangegeven kenmerk der interlocutoire vonnissen dat nl. „de beslissing der zaak zelve daarvan afhankelijk kan zijn" (art. 46 § 2) in verband met het adagium: „l'interlocutoire ne lie pas le juge" komt ter beantwoording bij de behandeling van de kracht van het vonnis, waarbij een bewijs wordt bevolen.

Eene toepassing van de onderscheiding, waarbij evenwel preparatoire en interlocutoire beide tegenover eindvonnissen gesteld worden, in art. 56 § 2.

Het Ontwerp heft het onderscheid tusschen preparatoire en interlocutoir op door beide onder de voorbereidende te brengen. Toel. op art. 6 van tit. VI. bl. 82.

Voor interlocutoir zeggen sommigen: „tusschengesproken of op (in ieder geval beter bij) tusschenspraak gewezen vonnissen." Dit purisme komt mij wat vèr gedreven voor. De beteekenis van tusschenspraak is veel algemeener dan de technische uitdrukking interlocutoir medebrengt. Duidelijker en fraaier vind ik die benaming van tusschengesproken vonnis ook niet.

Aanm. Men behoort niet uit het oog te verliezen dat, ofschoon eindvonnissen in hunne tegenstelling tot incidenteele vonnissen de zoo-

danige zijn, welke aan het tusschen partijen bestaande geding een einde maken, zoodat er niets meer tusschen haar te beslissen valt, deze niet de absolute beteekenis van eindvonnissen is. Geen benaming is meer betrekkelijk. Immers ook het incidenteele vonnis kan een eindvonnis heeten met betrekking tot het incident dat daarmede tusschen partijen wordt afgedaan; bijv. er is op een verzoek tot voeging of tusschenkomst recht gedaan in dier voege dat de rechter, het verzoek afwijzende, partijen gelast voort te procedeeren. Het vonnis is incidenteel in betrekking tot het geheele geding: het is een eindvonnis in betrekking tot het onderwerp van dat verzoek. Evenzoo is het met de preparatoire en interlocutoire, die eindvonnissen zijn met betrekking tot het daarbij afgedane geschilpunt. Cf. CARRÉ, Q. 1616, ed. Brux. III, p. 406.

§ 71. HET VONNIS OP TEGENSPRAAK.

In verband met de behandeling van het geding, waarbij wij alleen het geding op tegenspraak beschreven, wordt nu ook in de eerste plaats van het vonnis op tegenspraak gehandeld en daarbij veel ontwikkeld wat eveneens op de vonnissen bij verstek van toepassing is. Deze laatste zullen in het bijzonder te gelijk met het geding bij verstek het onderwerp uitmaken van eene volgende §.

Hoe het vonnis opgemaakt wordt?

Het vonnis wordt opgemaakt door de rechters, die over de zaak hebben gezeten, in het bij de wet voorgeschreven getal, bij meerderheid van stemmen.

De rechters brengen daarbij hun advies persoonlijk uit in eene vergadering van het college in raadkamer.

De orde der beraadslaging wordt geleid door den President met inachtneming van art. 26 R. O.

Het voor de rechtspraak vereischte getal rechters wees ik I, bl. 136 aan. Dat zij over de zaak moeten gezeten hebben ligt in den aard der zaak en de, in art. 59 B. R., vereischte vermelding in het vonnis van „de namen der rechters welke over de zaak hebben geoordeeld" strekt tot contrôle, zoowel van het bij de wet voorgeschreven getal, dat op straffe van nietigheid is voorgeschreven, art. 21 R. O., als van de omstandigheid dat zij ook over de zaak hebben gezeten. Art. 26 Regl. n°. 1 gaat ook van de onderstelling uit, dat alleen zij tot het vonnis

medewerken die over de zaak gezeten hebben, en geeft aan den President van het college de bevoegdheid om in zaken van grooten omvang een of meer raadsheeren of rechters boven het bij de wet bepaalde getal als bijzitters te benoemen. Verg. art. 34 N. R. I. Intusschen zal deze bepaling meer toegepast worden in strafzaken dan in burgerlijke zaken, omdat bij deze laatste de voordracht, welke den rechter met de zaak in haren geheelen omvang in kennis stelt en die alleen door over de zaak te zitten door hem gekend kan worden, tot de pleidooien en de conclusiën, welker voorlezing altijd bij de pleidooien herhaald moet worden, beperkt is. De rechters zullen dus om bevoegd te wezen tot het wijzen van vonnis, de pleidooien moeten gehoord hebben; van zelf hooren zij dan ook de conclusiën. Wil men een rechter wraken, dan moet die wraking vóór den aanvang der pleidooien worden voorgesteld. Art. 33 B. R. De praktijk heeft algemeen aangenomen dat de rechter, om een eindvonnis te wijzen, juist niet tot het voorbereidend of interlocutoir vonnis behoeft medegewerkt te hebben. Hij moet alzoo alleen gehoord hebben de pleidooien over het geschilpunt dat hij mede helpt beslissen. Zelfs de fransche praktijk nam dit aan, ofschoon art. 7 der wet van 20 April 1810 met nietigheid bedreigt de arresten „qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause". Cf. BONCENNE II, p. 379. Zie de nadere ontwikkeling van dit punt met de daarbij in acht te nemen onderscheidingen bij GARSONNET III § 437.

De beraadslaging heeft plaats in raadkamer. Openbaarheid is daar niet alleen uitgesloten, maar die beraadslaging moet ook geheim blijven, art. 28 R. O, Zie I, bl. 150 *d*. Art. 39 N. R. I. voegde eene sanctie bij deze bepaling, welke, in 1874, in Art. 11, 4 *d* en 14 R. O. werd opgenomen. — De griffier zit ook bij het college in raadkamer; de ambtenaar van het O. M. heeft daar geen toegang. Art. 60 Regl. n°. 1 sluit hem dien uitdrukkelijk af: doch ook zonder die bepaling ware er voor de toelating geen grond aan te voeren. De aard der zaak sluit het O. M. hier uit, omdat het niet mede beslist. De fransche schr. vinden in art. 116 en de daarover gevoerde beraadslagingen grond om ook den Griffier uit te sluiten. GARSONNET § 438 en de daar aangehaalde. In het N. R. Bijbl. XII (1862) bl. 626 zegt (de Raadsheer) d. V. (DE VRIES). „Vooral zou ik twijfelen of de President, immers zonder toestemming van al de overige leden, den Griffier wel bij de deliberatien in Raadkamer kan toelaten". Het

spreekt overigens van zelf dat de griffier, wanneer hij bij de beraadslaging in raadkamer tegenwoordig is geweest, eveneens tot geheimhouding verplicht is. Art. 28 R. O. laat daaromtrent geen twijfel over.

De orde geleid door den President. De leden brengen ieder op hunne beurt hun advies uit, daartoe in de gelegenheid gesteld door den president, die, volgens art. 26 R. O., hoofdelijke omvrage doet. Volgens dezelfde bepaling begint hij met den commissaris of rapporteur en overigens met den jongst benoemde, van welken hij den rang volgt tot den oudste; de president brengt zelf het laatst zijn advies uit. Dat de wetgever met deze orde voor te schrijven gemeend heeft voor de onafhankelijkheid der rechters tegenover elkander het best te zorgen, wees ik I, bl. 147 *b* aan. Dat de overwegende invloed van den president gevreesd wordt is licht verklaarbaar; doch dat de jongste het eerst adviseert om zijne onafhankelijkheid te waarborgen tegenover de ouderen, werd niet altijd noch overal zoo begrepen. Zoo wilde het op bl. 148 (Dl. 1) aangehaalde Art. 44 der instructie voor de burgerlijke rechtbanken, behoorende bij de Algemeene manier van procedeeren van 1799, juist in omgekeerde orde de adviezen gevraagd hebben. Het komt mij evenwel voor, dat, bij de door onzen wetgever, op voorbeeld van den franschen, voorgeschreven orde, ook de schijn van invloed te oefenen beter vermeden wordt; een ouder lid voegt zich gemakkelijker bij het gevoelen van een jonger lid, zonder dat hij ondersteld wordt daarbij voor een zekere pressie te wijken, dan omgekeerd. Schijn van gemakzucht, welke bij een ouder lid eerder ondersteld zou worden, is in ieder geval gemakkelijker te vermijden. De sanctie van art. 26 kan niet anders dan in het plichtbesef zoowel van den president als van de leden gevonden worden. De eerste zal hebben te waken tegen misbruik van macht waaraan hij gevaar loopt toe te geven, naarmate het hem door de leden toegekende gezag grooter is. De rechters zullen hunne zelfstandigheid met de wet in de hand tegenover den president moeten handhaven. Hierbij komt geene toegevendheid te pas, maar veeleer de gedachte aan het „principiis obsta".

Hoofdelijke omvraag onderstelt, wat art. 26 § 2 uitdrukkelijk bepaalt, dat het advies persoonlijk en dus niet namens een afwezend lid noch door dezen schriftelijk kan worden uitgebracht. Art. 37 N. R. I. schrijft een en ander uitdrukkelijk voor bij de beraadslaging over rechtzaken. Deze beraadslaging

onderstellen wij hier ook, die metterdaad zou vervallen als de adviezen namens een ander of schriftelijk uitgebracht werden.

Het doel van het beraadslagen brengt ook mede dat, althans wanneer de zaken aanleiding geven tot discussie, adviseeren en stemmen worden onderscheiden en het laatste na afloop van het eerste plaats hebbe. Ieder lid bepale zijn stem niet vóór dat hij de adviezen van de anderen hebbe gehoord. Daarmede wordt de bepaling omtrent de orde niet van hare kracht beroofd. Overtuigd te worden van eene dwaling en dien ten gevolge eens anders gevoelen te volgen is geheel iets anders dan eenvoudig zich naar het gevoelen van een ander te voegen, zonder zich een eigen gevoelen te hebben gevormd of de gelegenheid gehad te hebben dit kenbaar te maken. Wat zou eene beraadslaging beteekenen, indien met het advies de stem onherroepelijk was uitgebracht en een lid de gelegenheid werd benomen om, na eens anders advies te hebben gehoord, op de uitgebrachte stem terug te komen? Niet toegeven zonder werkelijk overtuigd te zijn uit laakbare condescendance jegens president of ambtgenooten, niet volharden uit valsche schaamte om ongelijk te erkennen en voorts, waar men in de minderheid is, onbevangen mede te werken tot het vaststellen van een vonnis naar den zin der meerderheid, is de dikwijls moeilijke taak van den collegialen rechter.

Waar het karakter en het doel van beraadslagen goed begrepen wordt, heeft de wetgever niet noodig te bepalen dat er een dubbele hoofdelijke omvraag plaats hebbe voor advies en stem zooals in het Ontwerp Boot. In de wet op de N. R. I. wordt in art. 37 van stem en advies of gevoelen uitbrengen zóó gesproken dat de weifeling, welke bij den wetgever bestond om het houden van beide afzonderlijk imperatief voor te schrijven of niet, daarin zeer duidelijk uitkomt.

De beslissing wordt uitgemaakt bij meerderheid van stemmen. Dit volgt bij noodzakelijke gevolgtrekking uit de bepaling van art. 27 R. O. en is de natuurlijke uitkomst, waar de beslissing aan een college is opgedragen. Hoe moet de beslissing vallen, wanneer de stemmen staken? Staken heeft in het algemeen plaats, wanneer op onderscheiden gevoelens zich een gelijk aantal stemmen vereenigt zonder dat er eene meerderheid voor één gevoelen is. Het meest gewone geval is dat de stemmen tusschen twee gevoelens gelijkelijk verdeeld zijn. Dit kan in burgerlijke zaken bij ons niet voorkomen omdat het college voor de rechtspraak altijd uit een oneffen getal

rechters moet bestaan. In Frankrijk, waar deze bepaling niet was gemaakt, moet men tot de kostbare, omslachtige en tijdroovende behandeling, bij art. 118 C. de Pr. voorgeschreven, de toevlucht nemen, eene regeling die in vergelijking met vroegere voorschriften betrekkelijk goed moge heeten en daarom geprezen kon worden door BOITARD I, pl 223, doch, in vergelijking met de zoo eenvoudige en doelmatige bepaling van onze wet, terecht wordt afgekeurd door BORDEAUX p. 475 vv. — Wanneer er meer dan twee verschillende gevoelens zijn uitgebracht, zal het besluit worden opgemaakt op de wijze die het meest overeenkomt met het gevoelen van de meerderheid. Ook deze bepaling van art. 27 R. O. verdient de voorkeur boven art. 17 C. de Pr., hetwelk de minderheid verplicht zich bij een van de gevoelens te voegen die, zonder de meerderheid van alle stemmen op zich te vereenigen, toch de meeste stemmen hadden verkregen; eene bepaling die natuurlijk niet kon worden toegepast als op elk van drie gevoelens ééne stem van de drie leden van een college was uitgebracht. Dan moest volgens art. 118 assumtie van een rechter plaats hebben. Ons art. 27 voorziet ook in dit laatste geval. In de toelichting van dit artikel wordt de onbillijkheid van het fransche stelsel wel wat breed uitgemeten (v. D. HONERT R. O. op § 27 bl. 29.) De toepassing op het daar gegeven voorbeeld eener burgerlijke zaak, waarbij de stemmen verdeeld zijn tusschen eene schadevergoeding van *f* 1000 en eene van *f* 500, terwijl de derde rechter van oordeel is dat eischer in het geheel geene vordering heeft, doet de meerdere voortreffelijkheid van onze bepaling juist niet zoo gunstig uitkomen. Maar het voorbeeld is niet gelukkig gekozen, omdat het geval zóó niet kan voor komen als er eene behoorlijke orde in de beraadslagingen is gehouden. De president zal dan toch eerst de vraag: al of geen recht op schadevergoeding? in omvraag moeten brengen en dan over het quantum moeten doen beslissen. (Verg. A. O. in Opmerk. en Meded. VII, bl. 176.) Anders ware het, wanneer bij de stemming over het bedrag de stemmen zich verdeelden tusschen *f* 1000, *f* 500 en *f* 250, dan zou men wel met JULIANUS kunnen zeggen dat *f* 250 moet worden toegewezen „quia in hanc summam omnes consenserunt". l. 27 § 3 de recept. (IV. 7), maar, waar men naar het gevoelen zoekt dat het meest overeenkomt met het gevoelen der meerderheid, bestaat hier die m e e r d e r h e i d voor *f* 500. Dat met onze bepaling evenwel de bezwaren die verdeeldheid van gevoelen kunnen doen ontstaan voor alle gevallen niet opgeheven zijn, is mogelijk. De fransche wetgever heeft het met de

wijzigingen welke hij, bij de wet van 30 Augustus 1883 in den Code bracht zeker nog niet gevonden. Zie daarover GARSONNET III § 441. Maar het komt hier vooral op de orde in de beraadslagingen en het juist stellen van het geschilpunt aan. Ik kan mij althans moeilijk voorstellen, hoe in een geschil over den eigendom van een onroerend goed, waarin een derde zijn eigendomsrecht bij tusschenkomst doet gelden de eischer en de gedaagde ieder twee stemmen van vijf rechters zouden kunnen verkrijgen terwijl de vijfde den eigendom aan den intervenient zou willen toewijzen. Het kan toch alleen de vraag zijn of de eischer of wel de intervenient zijn eigendomsrecht heeft bewezen en als zij geen van beiden een meerderheid van stemmen hebben verkregen, wordt beider eisch ontzegd. De bepalingen van het duitsche Gerichtsverfassungsgesetz over beraadslaging en stemming komen vrij wel met de bij ons geldende voorschriften overeen. Zie § 194—§ 200.

Is de president verplicht een bepaalde bij de wet vastgestelde orde bij de beraadslaging in acht te nemen ten aanzien van de leden van het college, niet alzoo ten aanzien van het onderwerp der beslissing. Art. 39 van het W. van 1830 bepaalde daaromtrent, dat eerst de feiten en daarna het rechtspunt in behandeling moesten worden gebracht (v. D. HONERT B. R. op § 48, bl. 198 en 199.) De Regeering achtte dit voorschrift in 1828 doelmatig en daarom niet overbodig, hoezeer men het in de Tweede Kamer beleedigend voor den rechter, als (N B!) te groote onkunde bij hem vooronderstellende, en dus onvoegzaam vond. Bij de herziening in 1837 vond de Regeering zelve het overbodig en daarin oordeelde zij juist, want de bepaling omtrent den inhoud van het vonnis in art. 59 n°. 3 B. R. voorkomende moet wel tot hetzelfde resultaat leiden. Overigens is dan nu de orde der beraadslaging wat het onderwerp daarvan betreft, aan het beleid van den president overgelaten. Wellicht is dit beter, ofschoon niet alle wetgevers daarover zoo hebben gedacht. Cf. § 196 van het Gerichtsverfassungsgesetz. Dat de onze daarbij een blijk van groot vertrouwen in den president heeft gegeven kan men begrijpen, wanneer men nagaat, hoezeer de beslissing der zaak afhankelijk is van de wijze waarop zij in beraadslaging gebracht wordt. Zie art. 104 van het Wetb. van Genève en de toelichting daarvan door BELLOT, p. 100 vv., waarop ook met instemming gewezen wordt door TOULLIER, Cours de droit civil français X, n°. 139, doch waartegen bezwaren werden ingebracht door BONNIER, p 93.

Inhoud van het vonnis.

Het resultaat der raadpleging in de raadkamer levert den inhoud van het vonnis, hetwelk, behalve dat, nog enkele andere zaken behelzen moet. Het moet namelijk inhouden:

1°. de namen en de woonplaats der partijen en de namen der procureurs, indien de partijen die gehad hebben;

2°. de slotsom der conclusie van het Openbaar Ministerie in de gevallen waarin het is gehoord;

3°. de gronden der uitspraak zoo wat de feiten als het rechtspunt, ieder afzonderlijk, betreft en de beslissing;

4°. aan het slot: de namen der rechters welke over de zaak hebben geoordeeld; art. 59.

Ad 1um. Dit is een noodzakelijk vereischte, opdat uit het stuk blijke tusschen wie het vonnis gewezen is, tot welk een geding het vonnis betrekking heeft. Namen en woonplaatsen worden door den rechter ontleend aan de conclusiën der partijen.

De procureurs worden vermeld als vertegenwoordigers der partijen, in alle gevallen waarin partijen ze gehad hebben, dus ook wanneer zij zich, buiten wettelijke noodzakelijkheid, zooals in registratiezaken, van procureurs hebben bediend.

Ad 2um. Slotsom. Dus zonder de motieven; de wetgever onderstelt alzoo hier zelf dat door het O. M. bij zijne conclusiën motieven gegeven worden zonder dat evenwel uit de bepaling kan worden afgeleid dat daartoe verplichting zou bestaan. De bepaling strekt eenvoudig om in het vonnis te constateeren, dat het O. M. gehoord werd, opdat uit het vonnis zelf blijke dat aan het voorschrift der wet te dezen aanzien voldaan werd. De motieven zijn op de openbare terechtzitting gehoord, zij hebben, als de conclusie werd overgelegd, ook verder tot toelichting van den rechter gediend en hebben daarmede in zoover uitgediend. Niets belet evenwel den rechter om, wanneer het O. M. zijne conclusie in den vorm van een vonnis voordroeg en hij zich volkomen daarmede vereenigen kan, de motieven van de conclusie in zijn vonnis over te nemen. In zaken van vrij-

willige rechtspraak, waarbij de rechter zijne beschikking stelt achter de op het verzoekschrift evenzeer voorkomende conclusie van den ambtenaar van het O. M., is dit niet ongewoon. Verg. over die conclusie bl. 113 ad 6um en Dl. I, bl. 161 vv.

Ad 3um. Dat het vonnis de beslissing moet inhouden is zoo klaar als de dag. Geen vonnis is zonder dat denkbaar. Maar uit het vonnis zelf moet blijken dat die beslissing het resultaat is van een nauwgezet onderzoek, waarvan de rechter ook rekenschap te geven heeft. Zij moet alzoo in het vonnis zelf volgen uit de daarvoor vooraf medegedeelde gronden. Van de beslissing wordt dan ook uitdrukkelijk gewag gemaakt, omdat van de gronden werd gesproken en voor de mededeeling van deze laatste was een opzettelijk gebod des wetgevers noodig.

De gewone wetgever had evenwel over dat punt niet meer te beslissen sedert de grondwet daaromtrent een uitdrukkelijk voorschrift bevatte. Bij ons kwam het voor het eerst voor in de grondwet van 1815, art. 173, (1848, art. 156 thans 161). In Frankrijk behoorde het tot die bepalingen, welke in de behoefte aan eene betere waarborgen opleverende rechtspraak moesten voorzien en werd het onmiddellijk in de wet van 24 Aug. 1790 tit. V, art. 15 (zie Bijlagen in Dl. I, bl. XLIV) opgenomen. Met de invoering der fransche wetgeving gold het bij ons door art. 141 C. de Pr. De mededeeling der motieven is een waarborg voor het onderzoek en helpt zelfs den schijn vermijden dat de rechter, die verplicht is volgens de wet recht te spreken, naar willekeur zou hebben gehandeld. In die motieven ligt de zedelijke kracht van het vonnis. Alleen daardoor kan de overtuiging gewekt worden van de juistheid der beslissing. Voor de in het geding betrokken partijen is dit van belang bij de overweging van de rechtsmiddelen, die zij tegen het vonnis zouden willen aanwenden. (Verg. eene opmerking van Mr. PIJNAPPEL in de zitting van de Eerste Kamer der Stat.-Gen. 26 Januari 1889 in Handelingen 1888—1889 I bl. 189 2de kol. coll. bl. 188 2de kol.); voor andere rechters, wanneer de toepassing der wet in gelijksoortige gevallen van hen gevraagd wordt. Zoo kan de gelijkvormigheid in de rechtspraak er door bevorderd worden. De verplichting om de gronden op te geven dwingt voorts den rechter zelven zich wel beraden rekenschap van zijn gevoelen te geven; voor hem ligt daarin als de proef op de som. Niet zelden kan door het opstellen der motieven wijziging worden gebracht in eene

aanvankelijk gekoesterde meening. Het kan de aanleiding zijn om de ongegrondheid van een eerst aangenomen meening in te zien.

Wij zijn aan het voorschrift omtrent de noodzakelijkheid van het motiveeren der vonnissen zóó gewoon, dat — en dit blijkt wel uit de voortdurende handhaving van de constitutioneele bepaling zonder tegenspraak — het ons voorkomt als iets dat van zelf spreekt. Met groote bevreemding zullen dan ook velen met mij kennis hebben genomen van den levendigen strijd die, blijkens de „aanteekeningen van het verhandelde over de grondwet van 1815 gehouden door Mr. C. F. VAN MAANEN" in 1887 door Mr. C. F. TH. VAN MAANEN uitgegeven, over de bepaling der grondwet is gevoerd. Zie ald. bl. 192—194. Daaruit blijkt hoe door VAN MAANEN zelven het motiveeren van civiele vonnissen „nietig, belagchelijk, althans onbeduidende" werd gevonden en hoe dezelfde spreker deze meening nader adstrueerde door te beweren dat „men met het motiveren van sententiën nooit de onderscheiden oogmerken bereikt, welke men zich voorstelt; I°. noch de uniformiteit van jurisprudentie. . . . II°. noch het kennen van 's Regters ware opinie, omdat de praktijk leert, dat die gemotiveerde sententie nooit (praktisch en bij ondervinding gesproken) de motieven van den Regter of van elk lid inhouden. . . . . maar integendeel van den President, Griffier of Rapporteur die de sententie stelt", waarbij hij zich dan verder beroept op het advies van den heer ELOUT en op MERLIN in zijne Questions de droit en in zijn Répertoire. Ook blijkt uit de „aanteekeningen" t. z. p. dat de Raad van State het gevoelen van VAN MAANEN had aangenomen. Mag men daartegenover stellen dat RAEPSAET mededeelde dat hij er altijd tegen was maar dat de ondervinding van 20 jaren hem er mede verzoend had, terwijl wij kunnen zeggen dat eene zooveel langere ondervinding bij ons nimmer den wensch heeft doen uitspreken om de bepaling afteschaffen, dan zal dit wel voldoende zijn om hier niet in eene verdere uiteenzetting van het voor en tegen te treden. Tot versterking evenwel van mijne in het gevoel van hare ontwijfelbare juistheid, ontwikkelde overtuiging acht ik het niet ondienstig hier te laten volgen eene opmerking ontleend aan een „Discours de rentrée 1 Oct. 1887 gehouden door den toenm Procureurgeneraal bij het Hof van Gent, J. LAMEERE, over LAURENT Bruxelles 1888, ook omdat men dat geschrift wel niet zoo bij de hand zal hebben. Op bl. 8 en 9 lees ik daar: „Il s'est produit à notre époque dans le droit un mouvement considérable que l'action

de la jurisprudence a provoqué, grâce à une garantie que l'ancien régime écartait comme un danger pour l'ordre social. L'obligation où se trouve le juge de motiver ses sentences à peine de nullité a donné une vigoureuse impulsion à la science, en même temps qu'elle a consacré un droit précieux pour les justiciables. C'est une admirable conquête qui a fondé vraiment l'oeuvre de la justice sur la raison et le droit, sans compter que, selon le mot de DEFACQZ, elle a enlevé à l'arbitraire sa sécurité. La jurisprudence est ainsi devenue un enseignement doctrinal d'une action d'autant plus énergique, que le droit se fixe plus profondément dans les esprits par les leçons qu'ils puisent dans la pratique que par celles qu'ils reçoivent d'une pure théorie".

Het komt er maar op aan dat de rechter, wanneer hij de bepaling der wet omtrent het motiveeren der vonnissen in toepassing brengt, de reden, waarom hij zijne vonnissen motiveeren moet, niet uit het oog verliest en zich behoorlijk rekenschap geeft van hetgeen de wetgever moet hebben verstaan onder „de gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken als het regtspunt betreft." Dan zal hij niet kunnen meenen, dat hij met de feiten een verslag van de gevoerde procedure heeft te geven en de redeneeringen der partijen zooals die in conclusiën en memoriën zijn vervat als feiten waarop de beslissing gegrond is, door tekstueele mededeeling van die schrifturen, tot den grondslag van zijne uitspraak heeft te maken in stede van de feiten aan die schrifturen te ontleenen om deze en deze alleen als den grondslag van zijne beslissing te doen kennen; dan zal hij willen vermijden om bij zijne overwegingen in rechte nog eens de wezenlijk afdoende feiten te herhalen en ten slotte zich er voor wachten formeel datgene te maken tot feiten der beslissing wat daartoe niet behoort en bij zijne overwegingen in rechte feiten en rechtsoverwegingen ondereen te mengen; alles in strijd met de wet. Hij zal dan ook voorkomen dat zijne vonnissen door hunne onnoodige en onbehoorlijke uitgerektheid voor de rechtzoekenden niet alleen onverstaanbaar worden maar ook de kosten vermeerderen en voor de opbouwing van het recht veel van hunne waarde verliezen.

Dat er echter bij ons wel het een en ander aan de juiste toepassing der wet in dezen ontbreekt, heb ik mij veroorloofd meer dan eens aan te toonen. Eerst in het Rechtsgeleerd Bijblad XX (1870) bl. 588, (zie ook R. B. 1883 A. bl. 12), later in het Rechtsgeleerd Magazijn VI (1887) bl. 182 en VIII (1889) bl. 595 v.,

het laatst in een opstel over de redactie der vonnissen in hetzelfde Magazijn IX (1890) bl. 570. Intusschen schijnt wat m. i. eene kwaal is zich hoe langer hoe meer te verbreiden. Ik teekende o. a. nog aan: Alkmaar 7 Januari 1892 W. 6255, 17 November 1892 W. 6270; Amsterdam 10 April 1894 W. 6613; Haarlem 12 Febr. 1895 W. 6632; Rotterdam 22 April 1895 W. 6681, waarin de overwegingen over eene niet voorgestelde nietigheid van dagvaarding wordt besloten met de ontkennende beantwoording van de vraag of de Rechtbank de nietigheid ambtshalve zou mogen uitspreken; Amsterdam 31 Januari 1895 W. 6629. Ook bij rechterlijke colleges, van welke niet kan gezegd worden dat zij geen tijd hebben om kort te zijn, wordt het aangetroffen, en ik geloof daarom dat wij hier met eene aan onzen volksaard eigene angstvallige, licht te overdreven nauwgezetheid te doen hebben, die den rechter noopt alles wat als tot het proces behoorende voor hem ligt in 't vonnis op te nemen, opdat dan zeker niets vergeten zal zijn. Ook het „nimium nocet" is echter wel eens waar. Het onderwerp heeft bij de behandeling van het hoofdstuk Justitie van de begrooting voor 1893 een punt van schriftelijke wisseling van gedachten tusschen de Tweede Kamer en de Minister van Justitie uitgemaakt en ook bij de openbare discussiën werd er op teruggekomen. Zie Handelingen 1892—1893. II. bl. 494 en 504. Zie ook in W. v. h. R. n°. 6256, 6263, 6270. Scheen men het er wel over eens te zijn dat noch door middel van cassatie met goed gevolg tegen die gerektheid der vonnissen te strijden viel en dat ook de onafhankelijkheid der rechterlijke macht niet toeliet dat daaromtrent door den Minister van Justitie officieuze of officieele opmerkingen tot de rechters werden gericht, zoo is het te verwachten dat de magistratuur wel zal willen inzien dat hare niet genoeg te waardeeren en ook hoog gewaardeerd wordende onafhankelijkheid eene daaraan geëvenaarde verantwoordelijkheid op haar doet rusten, die het „non omne quod licet, honestum est" in gedachte moet doen houden.

De feiten staan met het rechtspunt tot de beslissing in het vonnis in dezelfde verhouding als middelen tot conclusie (strekking tot voorwerp) bij eisch en antwoord. Dat de rechter voor de feiten en het rechtspunt afzonderlijk zijne gronden moet opgeven is niet eenvoudig een voorschrift van behoorlijke logische orde in het opmaken der beslissing. Het staat in onmiddellijk verband met

het rechtsmiddel van cassatie, waarbij de vraag gesteld wordt of de wet op de fèiten goed is toegepast. De rechter in cassatie treedt niet in een herhaald onderzoek der feiten; hij moet die aannemen zooals zij door den lageren rechter, den rechter over de feiten, (maar daarom niet de feitelijke rechter!), iudex facti, werden aangenomen. Maar dan moet daarvan ook uit diens vonnis duidelijk blijken.

De rechter ontleent de feiten aan de beweringen van partijen; geene feiten kunnen door hem worden aangenomen, die daar buiten liggen. Onder welke voorwaarden hij de door partijen aangevoerde feiten als waar kan of moet aannemen is bij het bewijs te bespreken. De feiten bepalen met den door partijen aangevoerden rechtsregel waaruit zij haar recht afleiden, het recht en daarmede het rechtsmiddel (actie, exceptie of andere verdediging) dat zij tot handhaving harer rechten aanvoeren, Ook daaraan is de rechter gebonden. Verg. arr. H. Raad 30 Juni 1853 W. n°. 1450. In de gronden evenwel waarop de rechter, naar aanleiding van de voor hem vaststaande feiten, zijne beslissing over gelijk of ongelijk der partijen doet steunen, is hij vrij. Hij moet die zelfs van ambtswege aanvullen, art. 48, B. R. Die rechtsgronden toch worden aan het recht, de wet, ontleend; de rechter wordt daarop wel door partijen gewezen, maar hij behoeft die niet eerst van haar te vernemen. Curia ius novit. Als hij vraagt: komt dat recht hetwelk eene partij beweert te hebben haar al of niet toe? dan vraagt hij m. a. w.: kent de wet haar dat toe? Want volgens de wet moet hij recht spreken en van die wet is de rechter het zelfstandig orgaan. Maar een recht dat door de partij niet beweerd werd, kan de rechter haar niet toekennen, al mocht hem gebleken zijn dat haar wel dat, maar niet hetgeen zij zelve beweerde, toekwam. Lijdelijkheid wat aangaat het voorwerp der beoordeeling en beslissing, zelfstandigheid in de beoordeeling en beslissing zelve, ziedaar des rechters standpunt. Art. 48 houdt alzoo ook verband met de verplichting aan den rechter opgelegd om volgens de wet recht te spreken en maakt volstrekt geen inbreuk op het beginsel van 's rechters lijdelijkheid. Verg. Arrest Hooge Raad 18 Januari 1897 W. 6918. Zie ook Dl. I. bl. 119 (3de druk). Wanneer bijv. wordt ingesteld eene vordering tot echtscheiding op grond van zware verwondingen, dan beoordeelt de rechter de juistheid dezer vordering alleen naar de feiten door den eischer aangevoerd in verband met die welke gedaagde daar tegenover stelde. Blijkt hem dat uit die feiten moet worden afgeleid dat er zware verwondingen gepleegd zijn, hij zal den

eisch tot echtscheiding toewijzen. Bleken de feiten hem niet van dat gewicht maar wel te behooren tot de mishandelingen, die grond tot scheiding van tafel en bed kunnen opleveren, hij zal zich daarover niet hebben uittelaten, en deed hij dit al, in geen geval de scheiding van tafel en bed mogen uitspreken, indien deze niet gevorderd werd. In Frankrijk neemt de rechter die vrijheid en men keurt dit goed, al is 't naar de wet niet juist, omdat men het resultaat uitnemend vindt. Zie de noot op bl. 107 van mijne verhandeling over „Rechtspraak en wetgeving in Rechtsgeleerd Magazijn X (1891) bl. 96 vv." Het is zelfs de vraag of in het hier bedoelde geval de litigeerende partijen de uitnemendheid van het resultaat zullen toegeven. — Wordt daarentegen, bijv., eene vrouw, die in gemeenschap van winst en verlies getrouwd is geweest doch die van de gemeenschap afstand deed, aangesproken tot betaling eener schuld waarvan zij door dien afstand beweert ontheven te zijn; wordt dan de geldigheid van dien afstand tegengesproken en beroept de vrouw zich tot staving der geldigheid op art. 208 § 1 B. W., de rechter zal haar gelijk geven ook indien hij meent dat niet uit § 1 maar uit § 2 van het artikel haar recht tot afstand moet worden afgeleid.

De beslissing maakt den inhoud uit van wat elders (bijv. in art. 607 B. R.) het dispositief van het vonnis heet. Wat hier als inhoud der beslissing is aangegeven, is meer dan in het dispositief ligt, wanneer men althans dit laatste in beperkten zin opvat en in verband beschouwt met de wijze waarop de vonnissen, al zij het niet altijd juist, wel geredigeerd worden. In beperkten zin toch is dispositief de praktische beslissing d. i. de veroordeeling tot zekere praestatiën van den gedaagde of de afwijzing des eischers. De erkenning of niet-erkenning van het beweerde recht, maakt den grondslag daarvan uit en in dit declaratief ligt de eigenlijke beslissing van den rechtstrijd, die toch over het al of niet bestaan van een recht of rechtsbetrekking gevoerd werd. Terwijl alzoo dàt dispositief in den beperkten zin de onmiddellijke gevolgtrekking is uit de eigenlijke beslissing (het declaratief) en dit laatste de onmiddellijke reden (motief) is van het eerste, kan het licht gebeuren dat dit declaratief in de redactie van het vonnis onder de overwegingen voorkomt. Bij afwijzing eener vordering is dit zelfs niet vreemd. Wanneer de rechter, op grond van gebrek van bewijs van het recht van eigendom, de revindicatie afwijst, dan zal hij niet licht in de conclusie van den ver-

weerder aanleiding vinden om, behalve de „overweging dat de eischer het gevorderde bewijs niet heeft geleverd, nog uitdrukkelijk te beslissen „dat de eischer geen eigenaar is;" veeleer zal hij op de gemelde overweging, na daarbij nog te hebben gevoegd: „en alzoo de vordering behoort te worden ontzegd", onmiddellijk de practische beslissing (het dispositief) laten volgen: „Ontzegt den eischer den door hem ingestelden eisch". Bij toewijzing der vordering kan het licht het gevolg zijn van eene min nauwkeurig gestelde conclusie van eisch, indien nl. de eischer niet met zoovele woorden heeft geconcludeerd dat de rechter zal verstaan of verklaren „dat de eischer i s eigenaar en mitsdien den gedaagde veroordeelen", maar zich eenvoudig bepaalt tot het vorderen der veroordeeling tot afgifte, oplevering of ontruiming van de zaak waarvan hij eigenaar beweert te zijn (Verg. I, bl, 245 v.). Doch ook bij nauwkeuriger redactie der conclusie zal het kunnen gebeuren, dat de rechter de eigenlijke beslissing in den vorm van een motief kleedt: „overwegende dat alzoo is bewezen dat de eischer is eigenaar; veroordeelt den gedaagde tot afgifte"; in plaats van „verstaat dat de eischer is eigenaar, veroordeelt mitsdien den gedaagde" enz. Het zal er dan op aankomen om in hetgeen als motief der beslissing is voorgesteld de beslissing zelve, die de veroordeeling motiveert, te onderscheiden. Verg. arr. H. Raad 1 Febr. 1895 n°. 6623.

Wat in den vorm van motieven is gekleed, door er het onderwerp van o v e r w e g i n g e n van te maken, bestaat dan gedeeltelijk in beschouwingen van den rechter over de natuur van het recht of de rechtsbetrekking, waarover zijne beslissing is ingeroepen of over de uitlegging der toe te passen wet, gedeeltelijk zijn het b e s l i s s i n g e n omtrent het bestaan zelf van dat recht of die rechtsbetrekking. De eerste alleen behooren tot de „gronden wat de feiten en het rechtspunt", de laatste tot „de beslissing" waarvan art. 59 n°. 3 spreekt. Bij de beoordeeling van de kracht van het gewijsde is deze onderscheiding van groot gewicht. (*)

(*) De hier door mij gegeven uitlegging van hetgeen de beslissing des rechters is en hoe zij in het vonnis moet worden gegeven, werd op de meest zonderlinge wijze misverstaan en bestreden in een vonnis van den Raad van Justitie te Padang van 8 Maart 1877 (Indisch Weekblad v. h. Regt van 18 Juni 1877 n o. 729). De eischeresse in het daarbij besliste geding had, op grond van onrechtmatig bouwen door gedaagde op een haar in eigendom toebehoorenden grond, gevorderd: erkenning van haar eigendomsrecht en dientengevolge veroordeeling tot amotie en schadevergoeding. Dat vorderen van erkenning van eigendomsrecht deed den Raad beslissen dat, ofschoon het duidelijk de bedoeling der eischeresse was om de revindicatie in te stellen, zij geacht moest worden gevraagd te hebben uitwijzing van eigendom als bedoeld bij art. 621 B. W. (van N.-I.) en dat, vermits zij de daartoe voorgeschreven vormen niet had in acht ge-

De beslissing is het resultaat der overwegingen, moet alzoo altijd liggen binnen de grenzen van de beweringen der partijen en in het algemeen bevatten: veroordeeling, bestaande in erkenning van het beweerde recht met veroordeeling tot zekere praestatiën, of erkenning van het beweerde recht alleen (verg. § 30,) of wel vrijspraak bestaande in ontzegging of afwijzing van den eisch of in niet-ontvankelijk verklaring. (Verg. § § 35 en 37.) Bij veroordeeling wordt aan het verlangen des eischers, bij vrijspraak aan dat des gedaagde voldaan. Bij deze laatste komt geene veroordeeling te pas. Veroordeeling des eischers in de proceskosten, welke bij die gelegenheid plaats vindt, is evenals veroordeeling op een reconventioneelen eisch, slechts eene schijnbare uitzondering. Doch de beslissing kan wel eens ten voordeele en ten nadeele van beide partijen te gelijk uitvallen. De eisch wordt gedeeltelijk toe- en gedeeltelijk afgewezen. Want de rechter mag wel niet meer toewijzen dan gevorderd werd, maar hij wijst alleen datgene toe waarop de eischer bewees recht te hebben; zoo kan het wel gebeuren dat hij den eischer minder toewees dan deze eischte.

Zal de uitspraak ook eene bloote erkenning van een recht of rechtsbetrekking kunnen zijn? Ten aanzien van vorderingen, welke de strekking hebben om door den rechter een nieuwen rechtstoestand te doen scheppen, of om hem, zooals bij geschillen over den staat der personen een rechtstoestand, te doen erkennen, kan geen de minste twijfel bestaan. Ook niet m. i. wanneer van den rechter eenvoudig de vernietiging eener handeling, bijv. van een testament, wordt gevraagd. En daarom behoefde de rechtbank van Tiel, bij haar vonnis van 28 Juni 1878 W. n^{0}. 4285, de toelating van een eisch tot vernietiging van een testament zonder meer, niet daarmede te rechtvaardigen, dat de vordering niet kon gezegd worden op niets anders te doelen dan het verkrijgen van eene sententia mere declaratoria. Want,

---

nomen, zij niet-ontvankelijk in hare vordering (dus in de vordering die zij blijkbaar niet ingesteld had) verklaard moest worden. De Raad kon van die erkenning van eigendomsrecht in het dispositief van het vonnis maar geen begrip krijgen. »Overwegende dat, kon het beweren van eischeres op gezag van den bovengenoemden hoogleeraar (was geciteerd Procesrecht bl. 461, 2e ed. II, bl. 144) opgaan, er dan geen denkbare reden bestaat om ook niet het declaratief van den rechter omtrent het rechtspunt in het dispositief te vermelden". Het Hooggerechtshof van N.-Indië vernietigde dit vonnis bij arrest van 27 September 1877 (Indisch Weekblad no. 746). doch schijnt de vordering tot erkenning van eigendom ook wat vreemd gevonden te hebben, daar het overwoog, dat de vordering tot amotie en schadevergoeding onbetwistbaar is de revindicatie want dat zij strekt tot handhaving van het eigendomsrecht, dat wel de eischeresse aan die hoofdvordering had toegevoegd het verzoek dat de rechter haar zou verklaren eigenaresse, doch dat zoodanig verzoek tot rechtsverklaring den aard der vordering niet kan doen veranderen! Begreep het Hof dan niet, dat juist dat verzoek van rechtsverklaring den aard der vordering bepaalde?!

al mocht het onmiddellijk gevolg der vernietiging van het testament het doen ontstaan van rechten voor den eischer ten gevolge hebben, de uitspraak van die gevolgen was door hem niet gevorderd. Hij vorderde inderdaad eene sententia mere declaratoria, maar de rechter gevoelde beter dan hij het uitsprak, dat daarin niets ongeoorloofds lag. Ook is het niet twijfelachtig, dat de rechter de erkenning van een recht mag uitspreken, als ten gevolge daarvan tevens eene bepaalde veroordeeling verlangd wordt. Niet evenwel alleen omdat die veroordeeling tot eenige praestatie er bijgevoegd is, zooals wel beweerd wordt. Neen, de behoorlijke beslissing van het geschil brengt zelfs mede dat de rechter de veroordeeling niet anders dan als een gevolg van en in onmiddellijk verband met de erkenning van het recht uitspreke. En indien dan de eischer de erkenning wilde vragen van een recht of rechtsbetrekking zonder daaraan eene veroordeeling te verbinden? Spreekt de gedaagde het bestaan van des eischers recht tegen, dan is hier, even als in andere gevallen van geschil, eene beslissing en dus eene uitspraak, bevattende erkenning van het beweerde recht of niet-erkenning noodzakelijk. cf arr. Hof Arnhem 3 Nov. 1880 W. n°. 4614; spreekt de gedaagde niet tegen en gaf hij ook geen aanleiding aan den eischer om de actie in te stellen, dan zal de rechter eveneens recht moeten doen, doch grond kunnen vinden om den eischer niet-ontvankelijk te verklaren indien de gedaagde beweert, dewijl voor den eisch geen aanleiding bestond in eene schending of betwisting van het recht zijnerzijds, niet verplicht te kunnen worden om zich op den eisch in te laten. De eischer zou anders, terwijl hij in het genot van zijn recht niet wordt verhinderd den gedaagde kunnen dwingen om zich ontijdig over dat recht uit te laten. Arr. Hof 's Hertogenbosch 27 Juni 1879 W. n°. 4468. In het eerstbedoelde geval staat m. i. niets aan het geven van eene zg. sententia declaratoria in den weg. Is het bedrag van eene zoodanige vordering onbepaald, dit belet volstrekt niet aan te wijzen welke rechter de bevoegde is, evenmin de toepassing van den regel der appellabiliteit; dat de wetgever de sententia declaratoria niet met name noemt, belet toch niet dat zij tot de eindvonnissen behoort. Al is voorts zoodanig vonnis voor geene tenuitvoerlegging vatbaar waar staat het geschreven, dat dit een onmisbare eigenschap van een vonnis is? Zie zelfs daartegen art. 66 § 2 B. R. (oud). Zeker is het toch ook dat het vonnis niettemin gevolgen heeft, indien men slechts denkt aan de kracht der gewijsde zaak. Hieruit

volgt dan ook, dat de rechter bij eene sententia declaratoria wel degelijk beslist (de erkenning van het recht is inderdaad de eigenlijke beslissing,) en dat hij niet blootelijk een advies geeft. Deze laatste opmerkingen gelden meer bepaaldelijk een opstel van Mr. E. FEITH, in Tijdschrift v. Nederl. recht VI, bl. 141, hetwelk „eenige opmerkingen over de sententia declaratoria" bevat, naar aanleiding van een opstel door Mr. FOCKEMA ANDREAE, in N. Bijdragen XII (1872), bl. 257, over hetzelfde onderwerp geschreven. Verg. ook de 3de Overweging in rechte van een vonnis Rotterdam 14 April 1890 W. 5905. Over de zoogenaamde sententia declaratoria schreef ook Mr. VAN MEEUWEN in Themis 1862 bl. 153—166. Een Acad. Proefschrift over dit onderwerp, werd in 1882 te Leiden door den heer H. T. WESTENBERG verdedigd.

Ten onrechte achtte de Rechtbank te Amsterdam zich eens bevoegd (vonnis 27 Februari 1867, R. Bijbl. XVII, bl. 667) om een middel van niet-ontvankelijkheid toe te passen ten behoeve van een gedaagde, die zich aan het oordeel des rechters had gerefereerd, als volgende daaruit dat de gedaagde had geconcludeerd tot elke beslissing welke de rechter, in overeenstemming met het recht, mocht vermeenen te moeten geven. En nu sprak de Rechtbank de niet-ontvankelijkheid des eischers uit omdat in het voorhanden geval, bij eenstemmigheid tusschen partijen, geen vonnis noodig was en de rechter door in zoodanig geval te vonnissen „tot instrument van proceslustigen zou worden verlaagd," hetwelk „beneden zijne roeping" zou zijn. Toch is het inderdaad niet anders. De rechter is nu eens in zekeren zin een instrument, dat door partijen in beweging moet gesteld worden en dat anders niet werkt, en als de Rechtbank dit had uitgedrukt in stellingen als aangetroffen worden in het arrest van Noordholland 28 Mei 1867 (R. Bijbl. XVII, bl. 343), dan zou zij aan iets vernederends niet hebben gedacht. De rechter treedt ambtshalve alleen in 't belang der publieke orde en waar de wet het beveelt in het burgerlijk geding tusschen beide. Refereert de gedaagde zich aan zijn oordeel dan spreekt hij tegen maar voert geen bepaald middel ter verdediging aan. Dit middel kan de rechter niet aanvullen; hem blijft alleen over de voor den eisch aangevoerde gronden te beoordeelen. Want deze zijn het ten slotte, waarover de rechter te oordeelen heeft en die gedaagde zonder hem voor te lichten, aan zijn oordeel onderwerpt. Ik spreek hier niet over het rechtsgeding in cassatie waarbij in referte geen tegenspraak ligt.

(Verg. o. a. arr. H. Raad 6 Dec. 1889 W. v. h. R. n°. 5808).

Het vonnis heeft alzoo in de ontwikkeling van datgene wat er den inhoud van moet uitmaken, veel van eene conclusie. Wat bij deze laatste een verzoek is aan den rechter, wordt hier beslissing, maar het zal uit den aard der zaak ook in zijne gronden veel overeenkomst hebben met de conclusie van die partij, welke in het gelijk gesteld wordt. Het verschillend standpunt evenwel van rechter en partij, de zelfstandigheid van den eerste ten aanzien van de gronden der beslissing, maken dat die voorstelling gewijzigd wordt. Ook in de uitdrukkingen, welke bij het motiveeren gebruikt worden, komt dit uit. Terwijl de motieven der conclusie als gevolg eener bewering met „aangezien" aanvangen, pleegt de rechter zijne beslissing te motiveeren in overwegingen: „Overwegende dat uit de vaststaande feiten volgt" enz. Doch van hoeveel belang de motiveering van het vonnis zij, de rechter is niet verplicht elke bewering der partijen daarin te debatteeren, elk door haar vermeld feit, elke in de procedure voorgevallen handeling daarin te vermelden. Lange vonnissen zijn niet altijd duidelijke, ook zijn zij voor partijen niet de minst kostbare vonnissen. De arresten door den H. Raad in eersten aanleg gewezen worden veel te weinig door de lagere colleges in dit opzicht tot modèl genomen. Doch genoeg hierover na hetgeen ik hierboven bl. 185 schreef.

Uit het voorschrift, dat het vonnis de beslissing moet inhouden is wel afgeleid dat de rechter niet bevoegd is eene voorwaardelijke beslissing uit te spreken met name de beslissing afhankelijk te stellen van een af te leggen eed. Hoe deze vraag te beslissen zij, zien wij later; (zie Dl. IV, 2e stuk bl. 354 (2e dr.); hier merk ik alleen op dat het verbod moeilijk uit art. 59 kan worden afgeleid. Denkt men wellicht aan l. 1. D. de re jud. 42, 1: „Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit", men vergete niet dat in l. 11 C. de sententiis 7, 45, het opleggen van een eed bij eene sententia definitiva eerst dan het vonnis krachteloos maakt, als de rechter er niet bijvoegt „quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet". Als dat er niet bij wordt bepaald is er geen beslissing, maar zoo wèl, dan is er eene beslissing, zij het eene voor-

waardelijke, gegeven. Aan het voorschrift van 59. n°. 3 is dan voldaan.

Ad 4um. Eindelijk moeten nog aan het slot van het vonnis vermeld worden de namen der rechters, die over de zaak geoordeeld hebben, die het vonnis hebben gewezen, tot het nemen der beslissing hebben medegewerkt. Deze bepaling strekt kennelijk tot handhaving en contrôle van de voorschriften omtrent het vereischte getal rechters in verband met art. 21 R. O. Alleen deze rechters kunnen worden vermeld in het vonnis zooals het wordt uitgesproken en dat alzoo, want dat is het gewone geval, vooraf is opgesteld. Wie op de terechtzitting, waar het vonnis wordt uitgesproken, tegenwoordig zijn, wordt eerst bij de uitspraak geconstateerd, en dat heeft met het vonnis eigenlijk niet te maken. De wetgever bepaalt niet eens, dat de rechters die over de zaak geoordeeld hebben bij de uitspraak moeten tegenwoordig zijn. Zie arr. H. Raad 27 Februari 1891 W. n°. 6009 en vooral de concl. van den Adv.-Gen. GREGORY daaraan voorafgaande. Dit alles merk ik op om te weerleggen de meening, dat de rechters ter terechtzitting tegenwoordig in het vonnis zouden moeten vermeld worden, waarvoor een grond zou zijn afteleiden uit de laatste woorden van 't artikel, dat nl. ook moet vermeld worden de naam van den ambtenaar van het O. M., welke daarbij is tegenwoordig geweest, waarmede niet anders dan bij de uitspraak kan bedoeld zijn, omdat het O. M. niet mede oordeelt. Ik zie alzoo voor de toepassing van dit laatste in art. 59 vermelde vereischte geen kans. De vermelding kan moeilijk in het vonnis zooals het wordt uitgesproken opgenomen worden en behoort in art. 62 te huis. De expeditie kan ook den naam van 't O. M. vermelden, omdat dit blijken kan uit het audientieblad van de zitting in welke het vonnis uitgesproken werd. Zie ook N. Bijdr. XVI (1866) bl. 239 in de aant. op art. 8 n° 5. In de vonnissen schijnt wel de gewone formule deze te zijn: Gedaan of gewezen door [volgen de namen der rechters] en uitgesproken ter openbare terechtzitting van.... in bijzijn of in tegenwoordigheid van [volgt de naam van den ambtenaar van het O. M.]. Zonderlinge verklaring van den rechter, al geeft art. 59 daartoe aanleiding. Het komt hier niet aan op zeggen maar op doen en wat de rechter deed constateert de Griffier. In het Ontw. van 1855 wordt de vermelding der rechters die over de zaak hebben geoordeeld en van den ambtenaar van het O. M., die bij de

uitspraak is tegenwoordig geweest in de expeditie gevorderd. (*)
„De straf van nietigheid wordt in art. 59 niet uitdrukkelijk bedreigd, maar de jurisprudentie en de leer der schrijvers nemen niettemin aan, dat de vereischten, waarvan dit artikel spreekt, allen zijn essentieele (verg. o.a. arr. H. R. 10 Jvni 1841 v. D. HONERT, B. R. II n°. 45 bl. 232)" Mem. v. Toel. op het Ontwerp van 1865 bl. 83 op art. 8 pr. Zie echter ook arr. H. R. 3 Mei 1888 W. n°. 5557).

Uitspraak.

Het vonnis wordt, zooals het, na de beraadslaging in raadkamer, op schrift is gesteld, op de openbare terechtzitting door den President uitgesproken.

De wetgever schrijft den inhoud voor van het vonnis zooals het wordt uitgesproken, niet dat het in schrift gesteld moet zijn. In verreweg de meeste gevallen zal dit wel niet anders kunnen en 't zal wel moeten, als van eene slechts eenigszins uitgebreide zaak het resultaat der beraadslagingen door het college zelf behoorlijk zal vastgesteld en nagegaan worden. Volgt de uitspraak onmiddellijk of na eene korte pauze op dezelfde terechtzitting, dan wordt het minder noodig of 't vervalt van zelf. Doch wie zal het vonnis moeten stellen? M. i. de president of het lid aan hetwelk hij dit opdraagt of de griffier op last van het college. Is er een rapporteur in raadkamer benoemd, dan zal deze wel de aangewezen persoon zijn om het vonnis te stellen, indien althans de zaak overeenkomstig zijn advies wordt

(*) De misstelling verklaart zich uit de wijze waarop men in 1837 verbetering heeft meenen te brengen in de bep. van W. 1830. Volgens v. D. HONERT ad § 62 wilde men onderscheiden den inhoud van de minuut en dien van de expeditie, omdat in de laatste iets meer moet staan. Art. 49 W. 1830 bevatte den inhoud van de minuut en vermeldde 1°. de namen van de rechters en dien van den ambtenaar van het O. M. zoo die gehoord is, terwijl art. 51 bepaalde, in het derde lid, dat op den kant van het audientieblad zal melding gemaakt worden van de rechters en van den officier van Justitie die op de terechtzitting tegenwoordig geweest is. Alzoo in de minuut de namen der oordeelende rechters en die van den ambt. O. M. terwijl de aanteekening op het audientieblad betrof de rechters die bij de uitspraak tegenwoordig waren en evenzoo den ambt. O. M. op die terechtzitting aanwezig. Bij de nauwkeurige (!) onderscheiding die men ging maken, zeide men dat in art. 59 met eenige verandering is opgenomen de bepaling van het derde lid van art. 51 (W. 1830.) Men heeft alzoo de rechters bedoeld in art. 51, § 3, als die bij de uitspraak waren tegenwoordig geweest, veranderd in de rechters die hadden geoordeeld en zoo kon de vermelding van art. 49 n°. 1 wat den rechter betrof wegvallen. Het dáár vermelde O.M. kwam in art. 59 onder no. 2 en het O. M. vermeld in art. 51 § 3 kwam terecht aan 't slot van art. 59. Men bedoelde daar het O. M. dat bij de uitspraak tegenwoordig is geweest. Dit kan evenwel moeilijk in de minuut worden opgenomen en zoo heeft de bedoelde onderscheiding tot verwarring geleid. Dat de ambtenaar bedoeld zou zijn die bij de behandeling der zaak tegenwoordig was zou òf een double emploi geven met no. 2 òf onzin geven omdat er meer dan eene terechtzitting aan de behandeling gewijd plegen te worden.

uitgemaakt, Dat er over dit punt, als men het naar scherpte van recht wil bespreken, en het de vraag is, wie het niet zal doen, nog wel 't een en ander te zeggen valt, toont een opstel over „conceptvonnissen" in R. Bijbl. XII (1862) bl. 618 vv.

Voor de terechtzittingen is de openbaarheid absoluut voorgeschreven, indien er een vonnis wordt uitgesproken, al ware de zaak met gesloten deuren bepleit, art. 20, 99 § ult. R. O., art. 62 n°. 2 B. R., art. 174 Gw. (1815) 156 (1848) 161 (1887). Zie I § 14, I.

Door den President t. w. van het college of van de kamer, die het heeft gewezen. art. 49 Regl. n°. 1. Ook hierin kan de president door den vice-president of het oudste lid vervangen worden. Want het is niet noodig dat dezelfde rechters, die het vonnis wezen, bij de uitspraak tegenwoordig zijn.

De wenschelijkheid van die tegenwoordigheid ligt in den aard der zaak, doch bij wettige verhindering behoeft daarom de uitspraak niet uitgesteld te worden. Voor crimineele en correctioneele zaken had de wetgever in het Wetb. v. Strafv. uitdrukkelijke bepalingen gemaakt, volgens welke bij de eerste de tegenwoordigheid van ten minste vier raadsheeren (art. 213), bij de laatste van ten minste twee rechters vereischt wordt (art. 257, 5°.). Deze bepalingen zijn evenwel bij de herziening van 1886 vervallen. Ook voor de uitspraak der vonnissen in burgerlijke zaken ontbreekt elke bepaling. De Hooge Raad gaf, bij de uitspraak van een arrest op 18 Maart 1842, het voorbeeld om de vonnissen uit te spreken buiten tegenwoordigheid van één der raadsheeren die over de zaak geoordeeld hadden. Zie R. Bijbl. VII (1845) bl. 75. Het Ontwerp verlangt in art. 15 van tit. VI, dat de uitspraak plaats hebbe in tegenwoordigheid van de meerderheid der leden die aan het opmaken van het vonnis hebben deelgenomen en wil de zaak op nieuw behandeld hebben, als die tegenwoordigheid door overlijden of eenig ander beletsel onmogelijk is (art. 14). Moeilijk is hiermede overeen te brengen de bepaling dat, wanneer de kantonrechter die het vonnis heeft gewezen buiten staat is het uit te spreken, de uitspraak door den plaatsvervanger kan geschieden. Zie N. Bijdr. XVI, bl. 240 op art. 11. Opmerking verdient, hoe BOITARD I § 251 de noodzakelijkheid betoogt van de tegenwoordigheid bij de uitspraak van de rechters die over de zaak gezeten hebben. „Le président qui le prononce n'est alors que l'organe, que la voix de la volonté commune, et la surveillance à laquelle chacun est intéressé exige

que chacun d'eux soit là pour confirmer, par son silence au moins, que le jugement prononcé est bien le jugement de la majorité. Aussi n'hésiterait-on pas", laat hij daarop volgen „d'annuler un jugement arrêté par un tribunal de trois juges, si, à l'audience où on le prononce, deux juges seulement, par exemple, se trouvent présents". Zie ook GARSONNET III § 443 p. 136, 5°.

Aanm. Het behoeft nauwlijks aangewezen te worden dat al wat hier gezegd is van de wijze waarop het vonnis wordt opgemaakt, bij de alleenrechtspraak van den kantonrechter of van den president vervalt. Dan zal dikwijls het vonnis dadelijk nadat partijen gehoord zijn, worden uitgesproken en niet eens zal, wanneer het later uitgesproken wordt, het geheel in schrift zijn gebracht, wat bij de colleges in den regel wel niet anders kan plaats hebben.

Wat den inhoud van het vonnis betreft, vervalt bij den kantonrechter de vermelding der procureurs, doch als partijen bij gemachtigden verschenen zijn, zal de vermelding daarvan in het vonnis niet overbodig zijn, al wordt zij door de wet niet gevorderd. Van conclusiën van het O. M. is hier geen sprake. De kantonrechter spreekt het vonnis uit en aan het slot heeft hij, evenals de president, natuurlijk niet anders dan zijn eigen naam te vermelden.

Inschrijving van het vonnis.

Het vonnis wordt door den griffier op het audientieblad gebracht en door den President (bij de kantongerechten door den Kantonrechter) en den griffier uiterlijk binnen tweemaal vierentwintig uren onderteekend. Art. 60.

Het audientieblad moet door den griffier gehouden worden volgens art. 64 Regl. n°. 1. Het is bestemd om alles op te nemen wat er op de terechtzitting voorvalt. Zoo moet ook het vonnis, zooals het werd uitgesproken, daarop in extenso worden ingeschreven. Dat alzoo ingeschreven vonnis is wat men de minuut van het vonnis noemt, het officiëele origineel. Wat werkelijk voorgelezen werd, blijft alzoo het karakter van concept behouden. Daarom is nauwkeurige vergelijking van het op het audientieblad gebrachte vonnis met het voorgelezen concept, vóór de onderteekening, van groot belang. Wanneer de wetgever spreekt van den inhoud van het vonnis zooals het wordt uitgesproken, bedoelt hij daarmede het vonnis

zooals het op het audientieblad wordt ingeschreven. Bij de uitspraak hoort men bijv. de namen van partijen niet voorlezen, want de uitspraak geschiedt, nadat de namen van partijen, door oproeping van de rol, zijn aangegeven.

Wat er geschieden moet, indien de president, de kantonrechter of de griffier, zich in de onmogelijkheid mochten bevinden om op het audientieblad te teekenen, bepaalt art. 61 B. R. Het Ontwerp voorziet in nog meer bijzonderheden, art. 10—13 van tit. VI.

De inschrijving van het vonnis is niet alleen noodzakelijk om de uitspraak te constateeren, zooals die heeft plaats gehad, en den inhoud van het vonnis blijvend te bewaren, maar ook om daarvan de executie, waartoe in den regel een afschrift of expeditie noodig is, mogelijk te maken.

De onderteekening verleent eerst aan het vonnis zijn authenticiteit. Door haar wordt geconstateerd dat het werkelijk, zoo als het daar ligt, werd uitgesproken.

Uitreiking der expeditie.

De griffier is verplicht om aan de partijen op hare aanvraag zoodra mogelijk eene expeditie van het vonnis uit te reiken, art. 64.

Haar inhoud.

De expeditie moet, behalve den letterlijken inhoud van het vonnis, zooals het werd uitgesproken (op het audientieblad gebracht), nog behelzen:

1°. de slotsom van de conclusiën door de partijen genomen;

2°. de vermelding dat het vonnis in het openbaar is uitgesproken;

3°. den dag der uitspraak, art. 62;

4°. de onderteekening van den griffier.

De expeditie van een vonnis is een afschrift van dat vonnis in een bepaalden vorm uitgegeven. Behalve de inhoud van het vonnis

zooals het wordt uitgesproken en in het audientieblad ingeschreven moeten daarin nog eenige andere zaken worden opgenomen. De expeditie is dus het vonnis zooals het wordt uitgegeven, maar, vermits die uitgifte in een bepaalden vorm geschiedt, behoude men liever daarvoor de technische uitdrukking expeditie dan de quasi-gezuiverde uitgifte. Zoodanige expeditie alleen kan worden voorzien van de formule: „in naam des Konings" (der Koningin), welke aan het hoofd daarvan moet worden geplaatst om het vonnis ten uitvoer te doen leggen, art. 430 B. R. Wel voornamelijk om de ten uitvoerlegging zal door partijen eene expeditie worden gevraagd, vermits aan die ten uitvoerlegging eene beteekening van het vonnis, waartoe een afschrift noodzakelijk is, moet voorafgaan. De expeditie in executorialen vorm afgegeven, heet meer bijzonder eene grosse. Bij uitzondering heeft tenuitvoerlegging van het vonnis op vertooning der minute plaats. Zie art. 123, 297 B R. art. 27*a*, § 4 der wet van 1861 n°. 53 (1869 n°. 124).

Dat art. 64, met betrekking tot de uitreiking van de expeditie, alleen van partijen spreekt laat zich daaruit verklaren, dat in de eerste plaats voor haar het vonnis is gewezen en zij een dadelijk belang hebben om ook zoodra mogelijk de expeditie te bekomen. De openbaarheid der vonnissen brengt overigens mede, dat aan een ieder die het vraagt een afschrift, of uittreksel zelfs, moet worden uitgereikt, art. 838 B. R.

Het „zoodra mogelijk" van art. 64 wordt in art. 66 Regl. n°. 1 teruggegeven door het even rekbare „met behoorlijken spoed". Dit is a priori niet nader te bepalen en terecht werd de termijn van vijf dagen, in art. 52 W. 1830 voorkomende, weggelaten. De sanctie tot de nakoming der verplichting ligt in de in art. 64 gedreigde schadevergoeding. Wordt deze gevorderd dan zal de rechter hebben te beoordeelen of in het concrete geval de expeditie zoodra mogelijk uitgereikt werd. Het is niet anders dan de toepassing van art. 1401 B. W. Mr. VLIELANDER HEIN beklaagde zich in de zitting van de Eerste Kamer van 26 Januari 1889, (Handelingen 1888—1889, I bl. 188) er over dat hij die een vonnis heeft bekomen, soms weken op een gros of eene expeditie moet wachten. Hij maakte daarvan den heeren Griffiers geen verwijt wijl hun schrijfvermogen ook gelimiteerd is. Om in het bezwaar te voorzien wilde hij beteekening van het vonnis zonder de feitelijke en juridieke overwegingen in het

afschrift (uittreksel) over te nemen. Dus het ontwerp van 1855 art. 19. Mr. PIJNAPPEL wees er echter op dat dit niet veel zou helpen dewijl de President tijd behoeft om de op het audientieblad gebrachte minuut met het concept te vergelijken en dat het daarenboven van het uiterste gewicht is dat de in het ongelijk gestelde partij ook van de motieven van het vonnis kunne kennis nemen om te weten of zij eenig middel tegen het vonnis zal aanwenden of berusten. Zouden de rechters het verschil van gevoelen tusschen beide hoogst ervaren praktizijns niet op bevredigende wijze kunnen oplossen door niet dan wezenlijke motieven in hunne vonnissen op te nemen? Dat zou wel iets kunnen helpen, maar toch zeker niet afdoende. En het denkbeeld van Mr. VLIELANDER HEIN die daarop nog eens terugkwam in de zitting van de Eerste Kamer van 2 Februari 1899 (Handelingen 1898—1899 I bl. 230) heeft alleen dit bezwaar dat dan wel de partij die het vonnis executeeren wil geholpen wordt, maar dat nu de tegenpartij die de motieven moet kennen om te weten of zij berusten of tegen het vonnis op zal komen, op het afschrift zal moeten wachten, wat haar nog minder gelegen komt nu de termijn van af de uitspraak loopt. Want het hooren van de uitspraak alleen zal zelfs voor den praktizijn niet altijd voldoende zijn om de motieven goed te verstaan en behoorlijk daarnaar te overwegen wat gedaan moet worden.

De griffier mag evenwel de expeditie nimmer uitreiken vóór dat het vonnis onderteekend werd. Art. 63 bedreigde de overtreding dezer bepaling met schorsing in of ontzetting uit de bediening. Schorsing is overigens als disciplinaire straf in de R. O., art. 14, hetwelk door de wijziging, welke het bij de wet van 1874 n°. 90 onderging, ook op den griffier toepasselijk is gemaakt, niet bekend. Het voorbehoud der vervolging wegens valschheid is vrij overbodig na de bijvoeging „indien daartoe gronden zijn". Anders was het naar den C. de Pr., welke in art. 139 de niet gerechtvaardigde bepaling bevatte: „qu'ils s e r o n t poursuivis comme faussaires". Bij art. 4 der wet van 26 April 1884 n°. 94 werd het geheele artikel 63 ingetrokken, naar aanleiding van de in art. 462 Swb. opgenomen bepaling, volgens welke de uitgifte vóór behoorlijke onderteekening wordt gestraft met geldboete van ten hoogste vijftig gulden. Behalve waarschuwing naar art. 14 R. O. zal ontslag naar omstandigheden toch kunnen volgen. Zie Dl. I. bl. 159.

I n h o u d van de e x p e d i t i e. Dat de expeditie moet bevatten den inhoud van het vonnis zooals het werd uitgesproken en teboekgesteld moet worden, is duidelijk. Dat brengt het karakter van afschrift mede. Daarvan wordt ook alleen melding gemaakt, omdat er nog iets meer in moet opgenomen worden.

Ad 1um. De motieven der conclusiën mogen, volgens art. 11 § 2 en 25 § 2 van het Tarief, niet meer in de expeditie worden opgenomen, gelijk volgens de bepaling van art. 62 n°. 1, vóór de invoering van het tarief bij de wet van 1843 n°. 41, moest geschieden. De gelegenheid, bij welke de verandering werd gemaakt, verklaart de reden daarvan. De expeditiën werden al te uitgebreid en mitsdien veel te kostbaar. De nuttigheid van de overneming der motieven viel anders niet te betwijfelen. Het komt er daarbij niet op aan, gelijk bij de conclusiën van het O. M., waarvan ook volgens art. 59 alleen de slotsom in het vonnis wordt opgenomen, om te constateeren het feit dat er conclusiën genomen zijn, maar juist w a t er geconcludeerd werd. Want het is van belang dat „blijke dat de staat des geschils, zoo wat de feiten als de rechtspunten betreft, in het vonnis vermeld, met de conclusiën van partijen overeenkomt", v. d. Honert (toelichting der Regeering van art. 62), bl. 208. Zie ook art. 382, n°. 2, 3, 4. De opneming van slotsommen der conclusiën geeft heel dikwijls niets; zij vullen menige bladzijde en strekken tot eene veeltijds onverstaanbare inleiding van het vonnis dat ter kennisneming beteekend wordt. Verg. N. Bijdr. XVI, bl. 241, aant. op art. 17. Het doel, dat de wetgever door de bepalingen van het tarief trachtte te bereiken, wordt verijdeld, wanneer de rechter in het vonnis, zooals het wordt uitgesproken, aan de conclusiën niet eenvoudig de te beslissen rechtsvraag ontleent, maar daarvan onder de feiten (niet van het proces, maar zg. van de procedure) een verslag geeft, nog meer, wanneer hij ze daarin tekstueel overneemt. Wat volgens de wet niet in de expeditie mag worden opgenomen, komt er dan toch in als inhoud van het vonnis zelf. Toch schijnt dit bij hoe langer hoe meer Rechtbanken in zwang te komen. Alleen de griffier wordt daardoor, geldelijk, gebaat.

Om de slotsom der conclusiën in de expeditie te kunnen opnemen, worden aan den griffier afschriften van de ter audientie genomen conclusiën ter hand gesteld, welke hij aan het audientieblad moet hechten. Bij de kantongerechten, waar die conclusiën niet schriftelijk behoeven genomen te worden, houdt de griffier voor dat geval

daarvan aanteekeningen, art. 62 n°. 1 B. R., art. 44 Regl. n°. 1, art. 5*a* van het Tarief. Eene bepaling, dat deze aanteekeningen door partijen op de terechtzitting werden goedgekeurd, ware niet overbodig.

Ad 2um. Om de voldoening aan het wettelijk en grondwettelijk voorschrift te constateeren. Dit kon niet in het vonnis worden opgenomen, zooals het werd uitgesproken, maar wordt door den griffier ontleend aan het audientieblad, hetwelk vermeldt wat er op de openbare terechtzitting voorviel.

Ad 3um. Ook dit punt ontleent de griffier aan het audientieblad. Daaraan zou de griffier ook moeten ontleenen den naam van den ambtenaar van het O. M., die bij de uitspraak is tegenwoordig geweest en zou de vermelding daarvan alzoo, gelijk ik reeds vroeger opmerkte, niet in art. 59 tot den inhoud van het vonnis maar hier in art. 62 tot dien der expeditie moeten gebracht zijn.

Ad 4um. De onderteekening van den president en den griffier komt van zelf in de expeditie voor, omdat het wel een afschrift heet van het vonnis zooals het is uitgesproken, maar dit wederom is het vonnis zooals het is in schrift gebracht op het audientieblad. Dientengevolge worden ook de onderteekeningen in het afschrift opgenomen.

De griffier, die het vonnis in schrift heeft gesteld op het audientieblad, onder wiens uitsluitend beheer dit audientieblad is geplaatst en die alzoo alleen, maar ook volkomen in staat is om de expeditie op te maken en uit te reiken, is daardoor de voor de afgifte der expeditie door den aard der zaak aangewezen persoon.

De wetgever onderstelt dan ook nog meer dat de griffier de expeditie opmaakt dan dat hij hem dit uitdrukkelijk opdraagt. Zie art. 64 coll. 62. Daaruit volgt dat de expeditie door den griffier onderteekend moet worden als van hem afkomstig. Maar hoe komt de wetgever dan nog opzettelijk in art. 62 te zeggen, dat de expeditie zonder medewerking der partijen wordt opgemaakt? Louter uit herinnering aan de afwijkende bepaling van den C. de Pr., welke aan de partijen of hare procureurs opdroeg het stellen der zg. qualiteiten. Deze moesten, wilden zij een expeditie bekomen, aan den griffier opgeven de namen, voornamen en het beroep der partijen, hare wederzijdsche conclusiën en de feiten en het rechtspunt waarover

het geding was gevoerd. Die dus genoemde qualiteiten werden gesteld door den procureur van de partij die een expeditie wilde lichten en aan den procureur der tegenpartij beteekend. Deze kon daartegen in verzet komen bij den president van 't college, die over de zaak gezeten had en die ten slotte dit geschilpunt moest beslissen, Deze omslachtige en kostbare wijze van handelen, die volstrekt geen meerder waarborg opleverde dan de eenvoudige en doelmatige wijze, waarop volgens onze wet de expeditie tot stand komt, werd reeds door BELLOT in de toelichting tot het Ontwerp van Genève onnoodig genoemd, als door partijen niets anders werd opgegeven dan in de schrifturen was vermeld, gevaarlijk, zoo dwaling of opzet tot afwijking leidde, dikwijls onuitvoerbaar, als de praktizijns niet meer in betrekking waren en altijd kostbaar en tijdroovend. bl. 105 Genève schafte ze dan ook af., art. 107, welk voorbeeld door onzen wetgever werd gevolgd. TOULLIER veroordeelde ze in Frankrijk reeds, op 't gegezag van BELLOT, in zijn Cours de droit civil X, n°. 141, doch REGNARD p. 303 en BORDEAUX, p. 390, moesten nog op de noodzakelijkheid der afschaffing terugkomen, welke zelfs tot nog toe niet door den franschen wetgever werd ingezien; ja zelfs in het Ontwerp tot herziening van 1886 wordt dat stellen der qualiteiten behouden! GLASSON acht het dan ook voldoende om de afdoende redenen, waarom de instelling is veroordeeld, in herinnering te brengen in: La Rèforme de la procédure civile en France, Bucarest 1886 p 50, daarbij voegende; „Cependant la Commission n'en a pas tenu compte et elle s'est, tout au contraire, complaisamment étendue sur la procédure à suivre dans l'avenir pour la rédaction des qualités."

Registratie en zegel.

De griffiers hebben bij het opmaken en uitgeven der expeditie, behalve de bepaling der Rechtsvordering, de voorschriften der zegel- en registratiewet en de bepalingen van het tarief in het oog te houden.

De expeditie moet op zegel worden geschreven en mag niet meer dan een bepaald aantal regels van een bepaald aantal lettergrepen op iedere bladzijde bevatten, art. 13 voorl. lid en art. 15 Wet v. 1843, n°. 47. De bepaling is niet moeilijk op te volgen, vermits de griffier zijn schrijfloon berekenen mag naar de veel ruimer beschreven bladzijde, volgens art. 11 en 25 van het Tarief. Voor recht van redactie brengt hij bovendien in rekening het loon bij het tarief in art. 5*b* en art. 23*c* bepaald. Verg. art. 74 van het Regl. n°. 1. Het groote

en ruime schrift der expeditie, hetwelk bij ons door de bepalingen der zegelwet en het tarief bevorderd wordt, heeft aan de expeditie den naam van grosse doen geven, inzonderheid wanneer zij voor de tenuitvoerlegging volgens art. 430 is opgemaakt, in tegenstelling van de minute (litterae minutae, grossae). Verg. o. a. HUBER, Hedend. Rechtsgeleertheid V, 22 n⁰. 21: „Het woordt grosseeren wordt gestelt tegen het woordt minuteeren: want de eerste schrifturen der Advocaten dikwils haestelijk ende gedrongen zijnde geschreven, worden minuten genoemt, die wel van nooden hebben om in het groot ende in het net te worden uitgeschreven, welke copien dan gros of groote genoemd wordt, gelijk minute soo veel als klein beteekent." Op de expeditie is voorts recht van registratie verschuldigd. Maar behalve dit recht wordt van de vonnissen een proportioneel registratierecht op de minute geheven, wanneer de veroordeeling uitgesproken wordt op overeenkomsten aan registratie onderworpen, zonder dat er geregistreerde titels in het vonnis vermeld worden, art. 7 § § 3 en 4 art. 8, 69 § II n⁰. 9 en § V n⁰. 8 wet van frimaire in verband met art. 5 der wet van 1882 n⁰. 92; adv. van den staatsraad 1 Aug. 1809; voorts art. 68 § II n⁰. 5 en § III n⁰. 7 der wet van frimaire in verband met art. 5 der wet van 1882 n⁰. 92; eindelijk komen hier nog in aanmerking art. 12 der wet van 27 Ventôse IX, 13 n⁰. 4 wet van 1832 n⁰. 29 in verband met art. 5 § 3 wet van 1882 n⁰. 92. Voorts heeft de griffier bij de uitgifte der expeditie in acht te nemen art. 41 der wet van frimaire, hetwelk hem de afgifte verbiedt vóór de registratie van de minuut; en als op die minuut geen recht verschuldigd is, mag de expeditie niet afgegeven worden voordat zij is geregistreerd; verg. verder art. 44, 45, 46 derzelfde wet. Uitzonderingen komen daarop voor in artt. 123 en 124, 297 B. R. De griffier moet bovendien zorgen dat de registratie der minuten binnen den bepaalden termijn gevraagd worde, behalve indien partijen hem de daarvoor verschuldigde gelden niet vooraf hebben ter hand gesteld, art. 35, 37 wet van frimaire. Want van de griffiers, die de acten ter registratie aanbieden, vordert de fiscus bij die gelegenheid het recht, art. 29 derzelfde wet. Hebben zij de gelden van de partijen niet ontvangen, dan stellen zij de ambtenaren der registratie in de gelegenheid om de partijen te vervolgen, art. 37 § 2. Jegens de griffiers zijn weder de procureurs voor alle rechten, behalve die op de minuten verschuldigd, aansprakelijk, art. 50 van het tarief.

§ 72. HET VONNIS BIJ VERSTEK. (*)

Verstek. In welke gevallen?

De rechter verleent verstek en spreekt een vonnis bij verstek uit, wanneer de eischer of gedaagde niet verschijnt.

Naar aanleiding hiervan valt het verstek in twee gevallen achtereenvolgens te bespreken:

1°. bij niet-verschijning van den eischer;

2°. bij niet verschijning van den gedaagde.

Het geval, dat noch eischer noch gedaagde verschijnen, kan tot geen verstek aanleiding geven, omdat dit in verband met zijne gevolgen niet door den rechter ambtshalve kan verleend worden. De niet-verschijning van beide partijen kan ook alleen eenig gevolg hebben als de zaak reeds op de rol gebracht is. Volgens art. 42 van het Regl. n°. 1 wordt, wanneer op den dag tot voortzetting van de zaak bepaald de praktizijns van beide partijen afwezig zijn (of geen van beide conclusiën nemen, Amsterdam 28 Maart 1895 W. 6647), de zaak op de rol doorgehaald. Dit is een zoo noodzakelijk gevolg van beider afwezigheid, dat hetzelfde zal moeten plaats hebben als de zaak voor de eerste maal dient. Praktizijns kunnen hier, waar van de colleges sprake is, niet anders zijn dan de procureurs; in cassatie, de advocaten. Behalve in cassatie vertegenwoordigen de advocaten de partijen niet en zoo kunnen, bij hunne tegenwoordigheid, de partijen evenmin geacht worden tegenwoordig te zijn, als wanneer zij zelve aanwezig waren.

Valt dit royeeren van de rol gedurende den loop van het geding voor, tot voortzetting van de zaak wordt eenvoudig vereischt dat zij weder òp de rol gebracht worde, want de instantie is daardoor niet vervallen. Verg. art. 281 B. R.

Niet-verschijning van eischer.

I. Indien de eischer ten beteekenden rechtsdage niet verschijnt, is de gedaagde bevoegd te vorderen, dat er verstek tegen hem verleend worde

(*) Mr. D. BINGER geeft in »de leer van het verstek volgens artt. 76 en 77 van het wetb. van Burg. Rechtsv." in Themis XXXV (1874) bl. 10—65 eene belangrijke bijdrage tot de kennis van dit rechtsinstituut.

en dat hij zelf van de instantie worde ontslagen met veroordeeling van den eischer in de kosten. Art. 75.

De beteekende rechtdag is de dag tegen welken de gedaagde bij de dagvaarding werd opgeroepen om te verschijnen ter terechtzitting of den dag door den gedaagde bij anticipatie aangewezen. Verg. § 58, bl. 50.

De eischer verschijnt niet: bij de colleges als zijn procureur wegblijft, bij de kantongerechten, als hij zelf niet komt noch een door hem behoorlijk gevolmachtigde.

Wanneer de eischer de zaak ook niet op de rol heeft doen brengen zal deze ter terechtzitting niet worden opgeroepen; de procureur van den gedaagde, die ingevolge de dagvaarding ter terechtzitting verscheen, doch niet voor het op de rol brengen van de zaak behoefde te zorgen, is dan bevoegd om, na afloop van de rol, van zijne tegenwoordigheid te doen blijken en op grond van de tegen zijn client uitgebrachte dagvaarding en van de oproeping bij anticipatie, zoo die heeft plaats gehad, verstek tegen eischer te vragen. Art. 139 § 1. Bij het kantongerecht, waar het oproepen der zaak rechtens in het geheel niet afhankelijk is daarvan dat zij op de rol werd gebracht, ligt de bevoegdheid van den gedaagde om langs bovengemelden weg, onder overlegging van de dagvaarding, verstek verleend te zien voor de hand.

Uit het niet verschijnen van den eischer kan volstrekt niet worden afgeleid, dat hij het door hem bij dagvaarding beweerde recht laat varen, maar alleen dat hij van de vervolging daarvan, krachtens de uitgebrachte dagvaarding, afziet. Daarom is dan ook de verweerder bevoegd, niet om ontzegging van den eisch maar wel ontslag van de instantie te vragen, waardoor de kracht der uitgebrachte dagvaarding vervalt zoodat op deze het geding niet meer kan voortgezet worden. Dat is heel wat anders dan dat de rechter den eisch ontzegde. Of derhalve zij, die tusschen „ontzeggen van den eisch" en „ontslag van de instantie" onderscheiden, den spot verdienen dien Prof. NABER (Rechtsg. Magazijn Dl IX (1890) bl. 2) hen waardig keurt? Ik begrijp niet hoe de geleerde schrijver, terwijl hij, blijkens de noot 5 op dezelfde bladz., art. 75 niet over het hoofd zag, zoo kon oordeelen.

De eischer, die den verweerder willekeurig en buiten noodzaak

kosten deed maken, hem alzoo onrechtmatig schade veroorzaakte, moet deze vergoeden. Eene zeer rationeele sanctie dezer verplichting ligt ook daarin, dat de eischer den aanleg niet op nieuw kan beginnen, d. w. z. den eisch niet weder kan instellen, dan nadat hij de kosten betaald heeft. art. 75.

Hadden meer eischers doen dagvaarden en verschijnt een hunner niet, dan is dezelfde bepaling op de niet-verschijnenden toepasselijk en het geding kan, met betrekking tot de door de anderen ingestelde vorderingen, voortgezet worden.

Dat de dagvaarding, ingeval de verweerder van de instantie ontslagen wordt, ook het gevolg mist van stuiting der verjaring, moet a fortiori uit art. 2018 B. W. volgen. Zie Dl. I bl. 290.

In de uitdrukkingen: verstek verleenen, verstek laten gaan, vonnis bij verstek, zijn die van den franschen code: donner défaut, faire défaut, jugement par défaut, in ons wetboek overgebracht. Onze oude rechtsgeleerden spreken ook van défaut verleenen, défaut geven, défaut laten gaan. Daardoor is het in défaut hoofdzakelijk liggende begrip van afwezigheid, wegblijven, op verstek overgegaan. Maar de eigenlijke en oorspronkelijke beteekenis van verstek is niet die van wegblijven, als ware het van zich versteken afteleiden (gelijk ik, door vergelijking onzer uitdrukking met die van de fransche wet op een dwaalspoor gebracht, vroeger aanteekende) maar is: versteken, bijv., van middelen van verdediging.

Verstek is dus eigenlijk het gevolg van het wegblijven, en bij het in de plaats schuiven van verstek voor défaut, is alzoo de oorzaak met de benaming van het gevolg versierd. Terwijl dan nu met verleenen van verstek wordt aangeduid: verklaren en daarmede constateeren dat eischer of gedaagde is weggebleven, niet is verschenen, met een vonnis bij verstek een vonnis bij afwezigheid uitgesproken wordt aangeduid, zoo is toch, door het gewijzigd gebruik van het woord: verstek, de gedachte aan het oorspronkelijke begrip niet geheel verdwenen. Want, ofschoon de rechter, bij zijn vonnis niet meer als vroeger, èn naar de fransche ordonnantiën èn naar onze oud-hollandsche rechtspleging, den verweerder van de verdediging verstoken verklaart en hem dan definitief veroordeelt,

zoo is toch het gevolg van het verleende verstek ook thans nog dit, dat de gedaagde zich in dezen aanleg niet kan komen verdedigen, doch zijne verdediging eerst door verzet tegen het hem bij verstek veroordeelend vonnis kan inbrengen. Hij kan evenwel dit gevolg voorkomen door, zoolang het vonnis nog niet gewezen is, ten dienenden dage alsnog in rechte te verschijnen, art. 89*a*. Ook het tegen den eischer verleende verstek, waardoor de gedaagde van de instantie wordt ontslagen, versteekt den eischer van de gelegenheid en alzoo van de bevoegdheid om op den aanleg van het geding voort te gaan. — Het woord verstek wordt overigens geheel in zijne eigene beteekenis elders gebruikt door den wetgever. Zie art. 1490 B. W. — Ik ontleen deze verbetering van hetgeen ik vroeger schreef aan eene verhandeling van Dr. A. BEETS in het Tijdschrift v. Ned. Taal- en Letterkunde, Jaarg. 1892 bl. 34 en vv., (zie ook Rechtsgeleerd Magazijn XI (1892) bl. 262) waartoe de 2e druk van mijn procesrecht, II bl. 158, den kundigen taalvorscher aanleiding gaf.

Niet-verschijning op een volgenden rechtdag.

Indien de eischer of diens procureur op eene volgende terechtzitting, door den rechter voor de behandeling der zaak bepaald, niet verschijnt en alzoo geene conclusiën neemt, kan geen verstek tegen hem verleend worden, maar zal de rechter op de door den verweerder in antwoord op de dagvaarding genomene conclusiën, recht doen als op tegenspraak.

Dat in art. 75 aan geen ander dan aan den bij de dagvaarding of, in geval van anticipatie, aan den bij eene van den gedaagde uitgegane oproeping beteekenden dag, dus uitsluitend aan de eerste terechtzitting, te denken is, lijdt geen twijfel.

Indien de procureur des eischers op die eerste terechtzitting wel verschijnt, maar verklaart zich aan de zaak te onttrekken, dan is er, dunkt mij, voldoende grond om verstek tegen den eischer met absolutie van de instantie uittespreken omdat dan inderdaad het geval aanwezig is dat de eischer ten beteekenden rechtdage niet verschijnt, dewijl de procureur die voor hem zou moeten verschijnen, zegt dat hij dat niet doet en hem dus niet vertegenwoordigt. Verg. art. 417 § 2. Neemt hij om eene of andere reden hetzij op de terechtzitting zonder uitstel te vragen of op eene latere terechtzitting geen conclusie

dan kan van verstek tegen den eischer geen sprake zijn en derhalve ook geen absolutie van instantie worden uitgesproken. Maar de gedaagde die door den eischer in rechte werd geroepen om zich tegen een tegen hem ingestelden eisch te verdedigen kan door den eischer, die niet van den aanleg afziet, daar hij wel verschenen is, niet van het recht worden beroofd om door den rechter gehoord te worden en evenals hij niet antwoordende op des eischers conclusie ook op tegenspraak wordt geoordeeld, zoo zal ook op een door den gedaagde tegen de dagvaarding gevoerde verdediging als op tegenspraak kunnen worden recht gedaan. Anders v. ROSSEM op artt. 75 en 76 bl. 127.

II. Indien de gedaagde op de eerste terechtzitting niet verschijnt, wordt:

Niet-verschijning van gedaagde.

1°. verstek tegen hem verleend, mits de voorgeschreven termijnen en formaliteiten zijn in acht genomen;

2°. worden de conclusiën van den eischer toegewezen, ten ware zij den rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomen. Art. 76, 138.

Dit gevolg vervalt echter indien de gedaagde voordat het vonnis werd gewezen alsnog op een dienenden dag mocht verschijnen. Art 89*a*.

De gedaagde verschijnt niet. Daarmede staat, bij de colleges, waar de vertegenwoordiging door procureurs verplicht is, gelijk het geval dat er geen procureur voor den gedaagde ter terechtzitting verschijnt, hetzij overeenkomstig art. 137, hetzij krachtens de procureurstelling bij anticipatie naar art. 136. Dat bij eene beteekening van anticipatie de procureurstelling zou ontbreken, mag wel een nauwlijks denkbaar geval geacht worden. Maar dat die bij beteekende acte gestelde procureur niet verschijnt op den bij die acte bepaalden vroegeren dag kan even goed ondersteld worden, als de oude wet onderstelde dat de bij acte, gelijk zij voorschreef, gestelde procureur niet ter terechtzitting verscheen. Daarom hadden in het nieuw artikel 138 niet mogen worden weggelaten de woorden van art. 135 § 3 (oud) waaraan het overigens wordt ontleend: „of wiens gestelde procureur ten dage dienende niet verschijnt."

Met het oog op art. 136 zal men nu deze woorden er wel bij moeten denken. — Kon art. 135 (oud) om de op zich zelf dubbelzinnige beteekenis van het „ten dienenden dage" en in verband met art. 149 C. de Pr., aanleiding geven tot twijfel of hier wel uitsluitend het niet verschijnen op de eerste terechtzitting bedoeld werd, een twijfel die mij ongegrond voorkwam (zie derde dr. bl. 207), die twijfel heeft door het wegvallen der woorden „ten dienenden dage in art. 133, geen reden van bestaan meer."

Gevolgen der niet-verschijning van gedaagde. Er wordt 1°. verstek verleend en dit moet bij het uitroepen van de zaak (aflezen van de rol) op de terechtzitting geschieden (art. 77). De uitdrukkelijke vermelding van het verleenen ter terechtzitting, „sera prononcée à l'audience," slaat terug op de vroegere fransche procedure, die het „défaut au greffe" kende. (Zie Ord. 1667, tit. V, artt. 1 en 3, tit. XI, artt. 3 en 4. Verg. BOITARD, n°. 314.) Nu de verweerder overeenkomstig de dagvaarding ter terechtzitting verschijnen moet, kan dit niet anders. Zoo bestaat er wel aanleiding om den nadruk te leggen op de woorden: „bij het uitroepen der zaak" en daardoor is ook waarschijnlijk de Ontwerper (1865) er toe gebracht om te bepalen, dat het verstek onmiddellijk na het uitroepen der zaak op de terechtzitting verleend worde. Bestond het verleenen van verstek eenig en alleen in het constateeren van 's gedaagden afwezigheid, dan was daarin geen bezwaar. Doch het is niet eenvoudig het niet verschijnen van den gedaagde dat geconstateerd wordt; de de rechter zal ook, en dit is het tweede, eigenlijke, gevolg der nietverschijning, recht doen op den eisch en dien in den regel toewijzen. Maar dan moet ook blijken, dat de niet verschenen gedaagde had moeten en alzoo had kunnen verschijnen. Dit laatste kan de wetgever niet aannemen, wanneer niet de termijnen en formaliteiten zijn in acht genomen, welke hij voorschreef als zoovele waarborgen, dat de dagvaarding ten behoorlijken tijde en op behoorlijke wijze ter kennis kwam van den gedaagde. Daarom alleen verstek „mits de termijnen en formaliteiten in acht genomen zijn" (art. 76). Is dit niet het geval, dàn spreekt de rechter ambtshalve de nietigheid van het exploit uit en veroordeelt den eischer in de kosten, art. 92 § 2. Zie ook bl. 78. De rechter heeft daartoe de dagvaarding te onderzoeken en vandaar, dat de rechtspraak de wet op zoodanige wijze in harmonie heeft gebracht met de eischen der praktijk dat

het verstek niet op den eersten rechtdag, bij het uitroepen der zaak, maar in eene volgende zitting bij het voor te lezen vonnis wordt verleend of geweigerd. Zie BINGER t. a. p. bl. 23 v. Veel zou art. 77 aan nauwkeurigheid hebben gewonnen, indien het bepaalde, dat het verstek bij het uitroepen van de zaak gevraagd zal worden. Dan was het meteen duidelijk, wat mij overigens weinig twijfelachtig voorkomt (verg. BINGER bl. 24 v.), dat het verstek niet ex officio wordt uitgesproken. Overigens is in de bepalingen van art. 76 en 77 ook de gedachte uitgedrukt, en het begrip van verstek brengt dit mede, dat het verleenen van verstek ten gevolge heeft, dat de gedaagde van de verdediging in dezen aanleg verstoken wordt en dat hij, wanneer eens het verstek is gevraagd, daarvan niet kan worden ontheven door nog te verschijnen voordat het vonnis, waarbij het verstek werkelijk verleend wordt, is uitgesproken. De slotwoorden van art. 312 „en het verstek kan dadelijk worden beslist" waarin zijn overgebracht de woorden van art. 418 C. de Pr. le défaut pourra être jugé sur le champ" d i. : op het verleend verstek kan dadelijk de beslissing der zaak volgen, bevestigen deze opvatting. Intusschen is de wetgever aan deze gedachte bij de herziening van 1896 niet getrouw gebleven toen hij, aan het slot van de zesde afdeeling (van vonnissen bij verstek en verzet) eene bepaling opnam (art. 89*a*) waarbij aan den gedaagde, tegen wien verstek verleend is, zoolang het vonnis ten profijte daarvan nog niet gewezen is, de bevoegdheid wordt toegekend om op een dag dat de zaak dient, alsnog in rechte te verschijnen (bij de colleges natuurlijk een procureur te doen verschijnen), waardoor de gevolgen van het verstek vervallen. Zoo blijkt de gedaagde dan toch weer niet volstrekt van verdediging verstoken te zijn. Reden te meer om in de plaats van het verstek te verleenen „bij het uitroepen van de zaak ter terechtzitting" te bepalen dat het verstek wordt uitgesproken bij het ten profijte daarvan te wijzen vonnis, daar het verstek nu werkelijk eerst met dat vonnis zijn gevolg heeft. Uit een praktisch oogpunt is de bepaling van art. 89*a* zeker goed te keuren, omdat op deze wijze de omslag van de kosten van een verzet dat toch te wachten ware, worden vermeden. Blijkt hier dus alleen een theoretisch bezwaar te bestaan, dat zich in een gebrek in de gedachtengang des wetgevers openbaart, het zal wel geen betoog behoeven dat zoodanig gebrek wel uit de wet verwijderd, in geen geval er in gebracht behoort te worden. De wetgever had in ieder geval in art. 89*a* moeten zeggen:

„waardoor de gevolgen van het tegen hem verleend verstek worden voorkomen”. Verg. mijne Adviezen bl. 57 en v. Het gewichtig maar noodzakelijk gevolg van het versteken van verdere verdediging was nog dit, dat het geheel nutteloos werd den aldus van verdediging verstoken gedaagde tot bijwonen van getuigenverhoor (zie echter art. 210) plaatsopneming, enz. op te roepen. Anders beslist door de rechtbank te Amsterdam 23 December 1892. Nu de gedaagde door nog voor het vonnis te verschijnen de gevolgen van het verstek kan doen vervallen, ware eene oproeping tot bijwonen van getuigenverhoor, plaatsopneming enz. niet nutteloos te achten, omdat hij daardoor nogmaals met de tegen hem aanhangige procedure zou worden bekend gemaakt en daarin aanleiding kon vinden om van de hem bij art. 89*a* toegekende bevoegdheid gebruik te maken. Maar zoolang hij dit niet gedaan heeft blijft hij verstoken en heeft de eischer zich eigenlijk niet met hem in te laten.

2°. De toewijzing van de conclusiën des eischers, welke het profijt van het verstek genoemd wordt, geschiedt dadelijk of op eene volgende terechtzitting. De rechter kan dit laatste noodig achten om de zaak nader te overwegen en daartoe de stukken ter tafel doen overleggen, want hij wijst de conclusiën niet toe „als zij hem onrechtmatig of ongegrond voorkomen”. Daartoe wordt niet zooveel vereischt als de fransche wetgever vorderde in artt. 150 en 434 „si elles se trouvent justes et bien vérifiées”, overgenomen in art. 55 W. 1830. De positieve uitdrukking der fransche wet belet niet dat in Frankrijk de rechter de conclusiën toewijst zonder bewijs te vorderen. Is het juist dat hij dit niet vordert, dan is de negatieve uitdrukking te verkiezen. Onze wetgever had gelijk ze alzoo te veranderen, omdat naar luid der beraadslagingen „sommige rechtbanken conclusiën als ongegrond beschouwden wanneer geen bewijs voor de schuldplichtigheid was aangebracht”. Eene afdeeling der Tweede Kamer wilde verder gaan en uitdrukkelijk bepaald hebben „dat bij het niet verschijnen van den gedaagde de eischer ongehouden is de door hem geposeerde daadzaken te bewijzen”. De Regeering achtte dat dit te ver ging, omdat dan eene vordering op geposeerde daadzaken steunende geheel zonder eenig bewijs zou moeten worden toegewezen. Dit wilde de Regeering wel niet, men zou dan, volgens haar, aan de niet verschijning des gedaagde een al te uitgebreid gevolg

geven. Maar als zij dan daarbij voegt te meenen „dat bij het artikel, zooals het nu is, de juiste maat hierin gehouden is," dan zal toch wel, in verband met de toelichting van de verandering in de redactie gegeven, dit volgen, dat de rechter eene vordering zal kunnen toewijzen, ook zonder het leveren van bewijs te vorderen. (Verg. echter adv.-gen. GREGORY in conclusie opgenomen in W. n°. 5988.) Hij zal dan daarbij niet uit het oog verliezen, wat BOITARD ad art. 150 opmerkte: „Si le tribunal s'avisait d'ordonner une enquête, il ferait retomber par là-même sur la tête du défendeur condamné les frais d'une enquête à laquelle celui-ci n'eût peut-être pas conclu, s'il avait réellement comparu". De gedaagde is behoorlijk gedagvaard, had dus — dit is in 't algemeen de noodzakelijke onderstelling welke de wetgever verplicht is voorshands aantenemen, — kunnen verschijnen wilde hij zich verdedigen: verschijnt hij niet, dan heeft hij niets ter verdediging in te brengen, of doet althans zoo. Dit gaat op, zoo niet de conclusiën des eischers zich zelve weerleggen, d. i. als zij den rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomen. Dat de wetgever met onrechtmatigheid op het rechtelijk met ongegrondheid op het feitelijk element der conclusiën doelt, komt mij niet onaannemelijk voor. M. a. w. zegt hij hier wat hij in art. 862 B. R. noemt „de ongegrondheid van het beweren, hetzij wat de daadzaken betreft, hetzij wat het recht betreft". Wat het recht betreft zal hij ook hier de ongegrondheid (onrechtmatigheid) der conclusiën aannemen uithoofde van uitdrukkelijke wetsbepaling, welke het beweerde recht uitsluit, of indien het noch door de aangehaalde noch door eenige andere direct of indirect werd gestaafd; wat de feiten betreft, indien de aangevoerde in zich zelve geheel onaannemelijk zijn of indien niet alle of niet zoodanige feiten zijn aangevoerd, welke de eischer tot staving van zijn eisch had behooren aan te voeren. (Verg. UNGER II, § 123, n^t^. 9 en n^t^. 18). Bewijs zal hem alleen dan moeten worden opgelegd, wanneer zooals bij scheiding van goederen (art. 810 B. R.) de enkele bekentenis is uitgesloten, want dan kan uit het wegblijven en stilzwijgen des gedaagde niet worden afgeleid wat niet eens zijne uitdrukkelijke toestemming als waar mag doen aannemen. Dat de rechter dit ook in andere gevallen zal kunnen doen, als hem mocht blijken dat de dagvaarding niet ter kennis van den gedaagde gekomen is en er vermoeden van overrompeling bestaat, valt niet te betwijfelen. Want uit die omstandigheid moet noodzakelijk het vermoeden voortvloeien dat

de eischer zijn eisch tegenover den gedaagde niet zou kunnen staven. En dan zal het voor den rechter moeilijk zijn te verklaren, dat de eisch hem niet onrechtmatig noch ongegrond voorkomt. Opmerking verdient dat het Hof van Cassatie in Frankrijk in zijn Livre Prélim. art. 182 (zie Dl. I. Bijl. bl. XXXII) nagenoeg dezelfde lezing voorstelde als in ons art. 76 voorkomt. „Les conclusions du demandeur lui seront adjugées par défaut, à moins que leur injustice ne résulte des faits allegués par lui ou des pièces qu'il présente au soutien de sa prétention" en vooral de toelichting daarvan in de noot: „L'article 145 du projet veut que les conclusions de la partie lui seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien verifiées; cela est conforme à l'art. 73 du titre V de l'ord. de 1667; mais l'on sait que cet article n'a jamais été observé, et l'on ne doit pas s'attendre qu'il le sera davantage aujourd'hui, parceque la multiplicité des affaires le rend impraticable. Or, pourquoi renouveler des dispositions que l'on sait bien ne pouvoir être exécutées". — Men wachte zich voor eene verwarring, waartoe zoodanige gevallen kunnen aanleiding geven, waarin tot het wezen der handeling eene schriftelijke acte vereischt wordt. Wanneer bijv. uit eene schenking geägeerd wordt en de schenker tot nakoming wordt aangesproken, zal de rechter terecht de overlegging der acte van schenking bevelen. Maar dan legt hij geen bewijs op; hij verlangt dan niet anders dan aanvulling van den anders gebrekkigen feitelijken grondslag van den eisch. Maar zelfs buiten dat geval behoeft er geen bezwaar te bestaan om de overlegging te doen plaats hebben van titels, waarop de eischer zich in de dagvaarding beroept, niet zoozeer om na te gaan of de vordering daardoor op afdoende wijze bewezen worde, maar om zich van het bestaan van zoodanige stukken te overtuigen en den gerelateerden inhoud daaraan te toetsen. Wel is de aanlegger verplicht bij de dagvaarding afschrift over te leggen van de stukken waarop de eisch gegrond is, doch art. 133 laat tevens de latere overlegging toe en de rechter behoeft met de afschriften niet tevreden te zijn.

De gevoelens over de opvatting van art. 76 zijn zeer verdeeld en hebben zich vooral geopenbaard bij vorderingen tot echtscheiding waarbij de bekentenis zou uitgesloten zijn en de veroordeeling bij verstek dan ook niet zonder nader bewijs zou kunnen worden uitgesproken, omdat daardoor in strijd met de bepaling van art. 263 B. W. echtscheiding door onderlinge toestemming zou plaats hebben.

De jurisprudentie heeft zich gaandeweg in den aan de echtscheiding meest bevorderlijken zin gevoegd. Ik bepaal mij tot de verwijzing naar OUDEMAN I, § 38 en DE PINTO II, § 69, en voor de jurisprudentie naar Pasicrisie, v⁰ Vonnis bij verstek in b. z. n⁰. 46 vv. 2ᵉ Vervolg n⁰. 160; Scheiding van goed. n⁰. 9; Echtscheiding, n⁰. 69, 70, 1ᵉ. Vervolg bij n⁰. 69, 2ᵉ Vervolg § 2 n⁰. 175 vv. en tot het opstel van Mr. W. B. BEYNEN Jr. Echtscheiding, verstek, bekentenis, in de Nieuwe Bijdragen 1878, bl. 584 vv. en J. HANEKUYK proefschr. over bekentenis en verstek enz. 1885; arr. H. R. 22 Juni 1883 W. n⁰. 4294 Hof 's Hage 31 Maart 1884 W. n⁰. 5034 Arnhem 10 Januari 1884 W. n⁰. 5052, Hof Arnhem 19 Nov. 1884 n⁰. 5134 bij welke uitspraken de nieuwe leer wordt aangenomen. De oude in vonnis den Haag 25 Febr., Rotterd. 17 Maart 1884 W. n⁰. 5009 en 5094. Zeer juist oordeelde m. i. de Hooge Raad in overeenstemming met Rechtbank en Hof, bij arrest van 30 Nov. 1893 W. 6443, dat ook aan den eischer van echtscheiding nader bewijs kan worden opgelegd. Het Hof had daarvoor met het oog op het voorliggend geval deze reden aangegeven: „omdat, nu volgens de eigen stelling van den eischer, de gedaagde in den toestand van krankzinnigheid verkeert, zij geacht moet worden niet in de mogelijkheid te zijn de bij dagvaarding gestelde feiten te beoordeelen en met kennis van zaken de ingestelde vordering tegen te spreken of daarin te berusten, zoodat uit hare niet-verschijning geen erkenning van, of berusting in den ingestelden eisch mag worden afgeleid." De Hooge Raad acht deze beslissing juist en den rechter naar de woorden van art. 76 en naar de geschiedenis dier bewoordingen volkomen bevoegd om, in verband met zijn oordeel over de al of niet onrechtmatigheid of ongegrondheid der vordering, bewijs daarvan te bevelen. Geen wonder, dat in het Ontwerp eene gewijzigde bepaling wordt aangetroffen, waarbij rekening is gehouden met de bestaande geschilpunten en uit het oogpunt van het ius constituendum eene bevredigende oplossing is gegeven, art. 23 van B. II, tit. I en de toelichting (uitg. BELINFANTE) bl. 129.

Naar aanleiding van al het voorgaande zal het niet moeilijk zijn den inhoud van de conclusiën des eischers in geval van verstek aan te wijzen. Zij zullen eenvoudig luiden „dat het den rechter behage tegen den afwezig gebleven gedaagde verstek te verleenen en ten profijte van dien de conclusiën des eischers (overeenkomstig de dagvaarding) toetewijzen". Deze conclusie kan dan door den eischer

(zijn procureur of advocaat) mondeling nader worden toegelicht en de rechter zal, het verstek verleenende, de uitspraak over het profijt onmiddellijk doen of tot eene andere terechtzitting in overweging houden of wel, gelijk de praktijk meebrengt, op die nadere terechtzitting het verleenen van het verstek met de uitspraak over het profijt vereenigen. De noodzakelijkheid om het vonnis te motiveeren maakt licht de uitspraak op eene nadere terechtzitting tot regel. Verg. BINGER bl. 65 vv.

De toewijzing der conclusiën van den eischer heeft geen plaats, indien de gedaagde alsnog verschijnt voordat het vonnis werd uitgesproken. Dan wordt het, alsof hij geen verstek had laten gaan en wordt hij nog tot de verwering toegelaten. Doch de kosten door de niet-verschijning veroorzaakt komen ten laste van den gedaagde ten ware de dagvaarding mocht worden nietig verklaard. Art. 89*a* in verband met art. 89.

Het verband waarin hier van d e n d i e n e n d e n dag gesproken wordt geeft daaraan eene zoo algemeene beteekenis dat den gedaagde wordt vrijgelaten om nog op iederen dag waarop de zaak dient, dus ook op dien waarop het O. M. conclusie zal nemen, ja zelfs dien voor de uitspraak van het vonnis bepaald in rechte te verschijnen.

Dat art. 89*a* niet op het geval van art. 79 van toepassing is, is duidelijk. Er bestaat eenvoudig geen gelegenheid om de aan het verstek in dit geval verbonden gevolgen te doen vervallen. Maar daardoor komt dat art. 89*a* dan ook wel wat vreemd achteraan sukkelen.

Meer gedaagden.

Indien er meer gedaagden zijn, moeten twee gevallen worden onderscheiden:

Niet-verschijning van allen.

a. A l l e n b l ij v e n w e g. Dan wordt tegen allen verstek verleend bij een en hetzelfde vonnis en het profijt van het verstek wordt tegen allen uitgesproken, alles onder dezelfde bepalingen als wanneer er slechts één gedaagde is.

Art. 78 strekt alleen om onnoodige kosten te voorkomen, en waar vorderingen tegen meer gedaagden vereenigd werden, ook één vonnis bij verstek te doen uitspreken.

Nu volgens art. 12 alle gedaagden, ook wanneer voor hen verschillende termijnen gelden, tegen denzelfden dag worden gedagvaard, bestaat voor de niet behoorlijke inachtneming der termijnen minder gevaar, cf. artt. 151 en 152 C. Pr.

Art. 78 is overigens ook toepasselijk wanneer van meer gedaagden sommigen niet verschijnen, maar er wordt dan, gelijk wij zien zullen, alleen tegen de niet-verschijnenden verstek verleend.

Let men op het geval dat gezamenlijke erfgenamen naar art. 4 n°. 6 zijn gedagvaard, (want in die bepaling ligt dat niet alleen de beteekening der dagvaarding aan de erfgenamen kan plaats hebben, maar, terwijl in het exploit geen namen noch woonplaatsen behoeven te worden uitgedrukt, dat zij ook gezamelijk worden gedagvaard), en blijven allen weg, dan kan ook alleen tegen de gezamenlijke erfgenamen eene veroordeeling bij verstek worden uitgesproken.

Zijn alzoo de gezamenlijke erfgenamen veroordeeld dan kan ook het vonnis alleen tegen hen gezamenlijk en derhalve niet anders dan op den nagelaten boedel worden geexecuteerd.

Tegen de erfgenamen individuëel is het vonnis niet uitgesproken; zij zijn niet met name bekend, moeten althans naar het vonnis geacht worden niet met name bekend te zijn en daaruit volgt, dat, al zijn de erfgenamen ook in hunne eigene goederen voor de schulden der nalatenschap aansprakelijk, zij krachtens een vonnis, als hier werd uitgesproken, in hunne eigen goederen niet aangesproken kunnen worden. Het komt mij voor dat reeds op dien grond een krachtens een bij verstek tegen de gezamelijke erfgenamen uitgesproken vonnis, op de eigen goederen van enkele erfgenamen gelegd, niet ontvankelijk moet zijn, zulks te meer wanneer, gelijk in de zaak behandeld bij het arrest van den Hoogen Raad 15 April 1898 W. 7117, bedoelde erfgenamen de nalatenschap hadden verworpen, al geschiedde dit na het aanslaan der biljetten bedoeld bij artt. 515,517 B. R.

Van sommigen.

b. De een verschijnt, de andere of meer anderen niet. Dan wordt tegen de niet-verschijnenden verstek verleend, doch er volgt geen toewijzing der conclusiën tegen hen. Ook wordt tegen de verschenen gedaagden het geding niet onmiddellijk voortgezet. De zaak wordt ten opzichte van deze laatsten aangehouden. Ieder der verschenen partijen heeft het recht om het verleende verstek aan de niet-verschenen te doen beteekenen met oproeping van alle partijen tegen den dag, waarop

zij de zaak op nieuw ter rolle wil doen dienen. Op die oproeping wordt tegen allen, wie er al of niet verschijnen moge, voortgeprocedeerd en dan bij een en hetzelfde vonnis tusschen allen uitspraak gedaan. Dat vonnis zal dan een vonnis op tegenspraak zijn; het wordt in ieder geval als zoodanig beschouwd. art. 79, (art. 1 wet 1886 n°. 230).

Deze regeling is niet zonder bezwaar, maar, waar geen regeling te vinden is die geene bezwaren heeft, moet wel die gekozen worden die de minste heeft, en dat kan, behoudens een enkel punt, wel van de onze gezegd worden. Men onderstelt dat meer verweerders niet zonder reden gezamenlijk werden gedagvaard; de connexiteit der vorderingen gaf daartoe aanleiding (zie bl. 19) en dit maakt het van belang dat zij vereenigd blijven en op alle bij hetzelfde vonnis recht gedaan worde. Liet men iedere vordering haar eigen lot volgen, dan werd tegen den eenen verweerder verstek verleend en tegen den ander op tegenspraak vonnis gewezen. Kwam dan de eerste in verzet en triomfeerde hij op het verzet, er zouden tegenstrijdige vonnissen gewezen worden en het onrecht aan een der veroordeelden aangedaan liep in het oog. Zou men dan tegen allen, ook die verschenen waren, ten behoeve van de niet-verschenenen, een vonnis als bij verstek doen wijzen of tegen allen ook tegen de niet-verschenenen als op tegenspraak? Het gezag van het inderdaad op tegenspraak gewezen vonnis liep gevaar van op min wenschelijke wijze geschonden te worden, wanneer ook daartegen verzet werd toegelaten en alzoo herroeping door denzelfden rechter mogelijk gemaakt en de niet-verschenen omdat zij met anderen gedagvaard waren van het verzet te versteken ware moeilijk te rechtvaardigen. Ook konden daaruit misbruiken ontstaan.

Zoo bleef, naar 't schijnt, het expedient van art. 79 alleen over. Wel volgde de wetgever van Genève een middenweg door het vonnis voor den verschenen verweerder op tegenspraak, voor den niet verschenen bij verstek te doen uitspreken. Dan zal de niet-verschenen in verzet kunnen komen en wordt dit aangenomen, dan zal het vonnis ook aan de op tegenspraak veroordeelden te goede komen, indien het gegrond werd op middelen aan hen met de anderen gemeen, middelen met anderen gemeen doch hun onbekend, en die alleen door de bij verstek veroordeelden konden bewezen worden, en voorts in geval van ondeelbaarheid van het voorwerp der veroordeeling. Het artikel komt

mij voor slechts ten halve te helpen en bovendien een rijke pleitstof op te leveren. Verg. echter ook §§ 58, 59 (thans 61 en 62) der Civilprozesordnung, waarbij de zelfstandigheid der gezamenlijk gedaagden gehandhaafd wordt voor zoover zij niet krachtens de tusschen hen bestaande rechtsbetrekking, met elkander moesten optreden in welk geval de verschenen partijen geacht worden de wegblijvenden te vertegenwoordigen.

Doch ook art. 79 heeft zijn bezwaar. Het verzet dat tegen eene veroordeeling bij verstek is toegekend, omdat verrassing mogelijk is, of omdat het afschrift van 't exploit niet aan de wettelijke formaliteiten voldoet, of omdat werkelijk eene wettige verhindering voor den verweerder kan bestaan hebben, of het exploit niet te zijner kennis kwam, — als bijv. bij gekozen woonplaats, in geval van art. 2, art. 4 n°. 7, — wordt hier uitgesloten, omdat er nog andere personen in het geding betrokken zijn, doch daarmede heeft de defaillant eigenlijk niets te maken. Een tweede oproeping komt aan het bezwaar te gemoet, doch daardoor wordt ook alleen de waarschijnlijkheid dat de gedaagde heeft kunnen verschijnen, dus zonder reden het naliet, vermeerderd; het wordt er nog niet zeker door. Het Ontwerp weet er echter ook niets beters op. Men vindt er de bepaling van ons artikel terug in art. 25 van den aangeh. titel. Doch aan een bezwaar dat art. 79 in de toepassing opleverde en dat reeds bij de herziening in 1837 gevoeld werd, komt het te gemoet op de wijze reeds toen, en later bij het onderzoek van het in 1855 ingediende Ontwerp tot vereenvoudiging in de burgerlijke rechtsvordering, in de Tweede Kamer voorgesteld. Dit bezwaar bestond hierin. Daar de nieuwe oproeping van den eischer afhankelijk was gesteld, kon vooral in hooger beroep maar ook in geval van verzet, wanneer dan op de dagvaarding van den appellant of opposant een of meer zijner oorspronkelijke medegedaagden niet verschijnen, de afdoening der zaak onmogelijk gemaakt worden. Zie de toel. op art. 20 van het Ontwerp van 1855 en ook de toel. op het Ontwerp 1865 van het wetboek. Bij het Ontw. van 1855 werd voorgesteld aan de meest gereede partij de bevoegdheid toe te kennen de zaak op nieuw ter rolle aan te brengen. Het Ontwerp van 1865 bevat de bepaling „dat bij het vonnis van aanhouding de dag bepaald wordt waarop de zaak op nieuw ter rolle zal dienen." Het kwam mij voor, dat hetzelfde resultaat met de bepaling van art. 79 te bereiken viel, indien dit werd opgevat in dien zin, dat de eischer, bij zijn verzoek tot aanhouding en verstek, ter rolle zou moeten verklaren, tegen welken dag hij de zaak op nieuw

zou willen doen dienen. (1e druk van dit werk en Rechtsg. Bijblad 1876 Afd. A. bl. 294) Dit gevoelen heeft evenwel in de rechtspraak geen ingang gevonden. Ook vond de beslissing van het Hof van Noordholland van 22 Januari 1848 W. n⁰. 897, waarbij aan den verschenen gedaagde de bevoegdheid werd toegekend om volgens art. 146 de zaak te vervolgen, omdat de eischer het niet in zijne macht moet hebben de zaak bij voortduring hangende te laten, wel bij enkele rechterlijke colleges instemming, en deelde zelfs de H. Raad die meening, bij arr. 12 December 1873 W. n⁰. 3666, doch het recht tot voortzetting van het geding werd, o. a. volgens het oordeel van het Gerechtshof te Amsterdam (arr. 23 Maart 1876), in art. 79 met zoo duidelijke en ondubbelzinnige woorden aan den eischer toegestaan, dat het niet aan den verschenen gedaagde kon worden toegekend. Dus oordeelde ook de H. Raad; arr. 25 Januari 1878 W. n⁰. 4211.

Het grove misbruik, dat er van de dus opgevatte bepaling gemaakt werd, en dat tot eene gerechtelijke rechtsberooving leidde, deed eindelijk den wetgever met een partieele herziening tusschen beide komen. Bij een op 25 Oct. 1885 bij de Staten-Generaal ingediend Ontwerp stelde de Regeering voor om, in aansluiting aan het Ontwerp van 1855, aan de meest gereede partij (later: ieder der verschenen partijen) de bevoegdheid toe te kennen om het verstek aan den niet-verschenen gedaagde te beteekenen, met dagvaarding tegen den dag, waarop zij de zaak op nieuw ter rolle wil doen oproepen. Het bezwaar dat dan soms door een gedaagde een dagvaarding zou moeten worden uitgebracht en de noodzakelijkheid om alle partijen te doen oproepen tegen den nu aangewezen rechtdag deden de voorkeur geven aan een amendement in de Tweede Kamer voorgesteld door Mr. A. F. K. Hartogh (in aansluiting aan een opstel van dezen rechtsgeleerde in W. n⁰. 5218) overeenkomstig hetwelk het artikel nu, volgens art. 1 der wet van 1886 n⁰. 230 gelezen wordt als volgt; „Indien van meerdere gedaagden een of meer niet verschijnen, wordt de zaak ten opzichte van de verschijnenden aangehouden en tegen de niet-verschijnenden verstek verleend. Ieder der verschenen partijen heeft het recht om dit verstek aan de niet-verschenen partijen te doen beteekenen met oproeping van alle partijen tegen den dag waarop zij de zaak op nieuw ter rolle wil doen dienen. Voor deze oproeping moeten in acht genomen worden de voor de dagvaardingen voorgeschreven termijnen." Tegen eene bepaling als 't Ontwerp van 1865 bevatte beriep men zich zonderling genoeg op

het beginsel van 's rechters lijdelijkheid! De C. de pr. 156 begreep dat anders, naar het schijnt, en in het belgisch Ontwerp van ALLARD werd de bepaling van den nieuwen verschijndag met duidelijke bewoordingen aan den rechter opgedragen.

Niet ten onrechte werd in de Eerste Kamer door Mr. PIJNAPPEL het bezwaar ingebracht dat dien tengevolge de niet-verschenen gedaagde, die herhaaldelijk wordt opgeroepen vooral omdat de wetgever onderstelt dat het eerste exploit hem niet heeft bereikt, zich nu zal moeten verdedigen tegen den eisch, zonder dat deze bij eene van den eischer afkomstige dagvaarding te zijner kennis is gebracht. Dit bezwaar is zeker niet uit den weg geruimd door de opmerking van den voorsteller van het amendement in de Tweede Kamer tegen dit ook dáár geopperd bezwaar gemaakt, dat de voor de tweede maal opgeroepen partij den eisch zal lezen in het hem beteekende vonnis, waarbij verstek werd verleend. Zoo besliste althans de Rechtbank Hertogenbosch, 8 Maart 1895 W. 6724, dat art. 79 niet verlangt een afschrift van het vonnis te beteekenen maar alleen kennisgeving van het feit dat verstek werd verleend. Doch met de in art. 79 gebrachte wijziging is althans dit gewonnen „dat een eind is gemaakt aan een der ergerlijkste misbruiken in de praktijk, waartoe de oude redactie had aanleiding gegeven". Overigens is het beginsel waarop het vroeger art. 79 rustte niet veranderd.

Wanneer twee of meer gedaagden of ook de eischer van het recht tot oproeping gebruik maken en dit op onderscheiden termijnen doen, dan zal de verschijning op den vroegsten dag moeten plaats hebben en daardoor zullen die op later dagen van zelf haar doel missen. Mr. v. D. LINDEN in de Tweede Kamer, Handel. 1886—1887 II bl. 105.

Moet de oproeping rechtstreeks door een deurwaarder geschieden of bij acte van procureur tot procureur? Aan de niet-verschenen kan het niet anders dan door een deurwaarder geschieden, maar ten aanzien van de partijen tusschen welke de zaak is aangehouden zal de beteekening bij acte van procureur tot procureur wel de natuurlijkste weg zijn, die door de bepaling van art. 79, hetwelk ook voor de procedure bij de kantongerechten geschreven is en daarom in algemeene termen is gesteld, niet wordt uitgesloten. Verg. Mr. HARTOGH, Hand. der Stat.-Gen. t. a, p. bl. 106.

Op die oproeping wordt tegen allen, wie er al of niet verschijnen moge, voortgeprocedeerd enz. Zoowel tegen

degenen die nu ten tweede male verstek laten gaan, als tegen degenen die, eerst verschenen, nu wegblijven. Want art. 79 bepaalt zonder nadere onderscheiding in § 2, dat tusschen al de partijen uitspraak wordt gedaan bij een en hetzelfde vonnis en dat dit vonnis als op tegenspraak gewezen wordt beschouwd. Verg. art. 88 W. 1830 en de aanleiding tot de wijzigingen der redactie bij v. d. HONERT bl. 217.

In onteigeningsprocessen wordt, bij niet-verschijning van een of meer medegedaagden, onmiddellijk met de verschijnenden voortgeprocedeerd en de uitspraak geschiedt tusschen al de partijen bij een en hetzelfde vonnis hetwelk als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. Art. 24 § 7 Onteigeningswet.

In geval van onteigening en andere waarin tegen individueel aangewezen personen geprocedeerd wordt, blijven ook de niet-verschijnenden niettemin individueel aangewezen. Maar wat zal het gevolg zijn als krachtens art. 4 n°. 6 gezamenlijke erfgenamen in rechte zijn geroepen en daarvan sommigen verschijnen, anderen niet? Tegen de verschijnenden kan natuurlijk geen verstek worden verleend (Heerenveen 5 Augustus 1895 W. 6719), maar hoe zal nu worden voortgeprocedeerd? Ieder der verschenen partijen heeft het recht om het verleende verstek aan de niet verschenen partijen te doen beteekenen en alle partijen tegen een naderen dag opteroepen. Voor een der erfgenamen is 't misschien mogelijk de niet verschenen erfgenamen opteroepen; zij kunnen hem bekend zijn; maar als hij hen niet als zoodanig wil erkennen? of mag hij, indien hij de weggeblevenen wil oproepen, deze bij collectieve dagvaarding oproepen, of moet hij dit zelfs doen? Alles is even onzeker. En wat den eischer aangaat, hij behoeft nu evenmin als vroeger de andere erfgenamen te kennen en dan zal hij wel, niettegenstaande sommigen zich deden kennen door te verschijnen, aan de gezamenlijke erfgenamen het verstek moeten beteekenen en hen gezamenlijk moeten doen oproepen, indien althans de tijd daartoe niet verstreken is. Het is duidelijk dat, had men de in art. 4 n°. 6 neergelegde gedachte naar behooren uitgewerkt, de bezwaren van die bepaling licht grooter waren gebleken dan de voordeelen.

Inhoud van het vonnis bij verstek.

De inhoud van het bij verstek gewezen vonnis verschilt van dat op tegenspraak alleen daarin, dat geen naam van den immers niet gestelden procureur daarin kan worden vermeld. Overigens moet het alles inhouden wat in een vonnis op tegenspraak moet voorkomen.

De bepaling van art. 59 B. R., welke den inhoud van het vonnis aanwijst en die in § 71 werd behandeld, is algemeen en op alle vonnissen toepasselijk. De onstentenis van een procureur wordt zelfs in n°. 1 van art. 59 ondersteld, eene onderstelling die ook op de bij verstek gewezen vonnissen terugslaat. Hoe eenvoudig overigens een vonnis, waarbij verstek tegen den eischer verleend wordt, kunne zijn, het zal toch de motieven der uitspraak moeten behelzen, al bestaan die alleen in het feit dat de eischer bij dagvaarding eene vordering heeft aanhangig gemaakt en op den daarbij bepaalden dag niet is verschenen, en dat door den gedaagde verstek is gevraagd. Verg. het formulier bij OUDEMAN I, bl. 361, n°. 21.

De bepalingen omtrent de expeditie van art. 62 (zie § 71)zijn eveneens hier van toepassing. Natuurlijk kunnen de conclusiën van partijen alleen vermeld worden voor zoover zij genomen zijn.

Eindelijk valt hier ook omtrent de wijze waarop het vonnis wordt opgemaakt niets bijzonders op te merken, dan dat hier eerder dan in zaken op tegenspraak onmiddellijk recht zal worden gedaan, en de beraadslagingen van het college zich soms in eene eenvoudige stemming zullen oplossen.

Kracht van het vonnis.

Het bij verstek gewezen vonnis, waarbij de veroordeeling van den gedaagde werd uitgesproken, kan op het daartegen aangewende middel van verzet vernietigd worden. Het is alzoo voor herroeping vatbaar, vermits het verzet wordt gebracht voor denzelfden rechter, die het vonnis bij verstek uitsprak.

Wat het bij art. 81 B. R. aan den gedaagde toegekende middel van verzet aangaat, bepaal ik mij hier tot zijne vermelding. Het moet met de andere middelen, waardoor de vonnissen bestreden kunnen worden, later worden behandeld. Zie in Dl. V. Bij de bepaling van art. 88 en hare intrekking bij de wet van 1886 n°. 230 moeten wij nog een oogenblik stilstaan.

Art. 156 C. de Pr., bepaalde, dat het bij verstek gewezen vonnis tegen eene partij, die geen procureur had gesteld, moest worden beteekend door een door den rechter daartoe aangewezen deurwaarder. Men wilde daarmede de pas afsnijden aan een kwaad, in de fransche

praktijk ingeslopen, dat een deurwaarder in strijd met de waarheid verklaarde exploit te hebben gedaan en afschrift gelaten, wat men souffler une copie pleegt te noemen. Zie TREILHARD, Exp. des mot. bij LOCRÉ XXI, p. 537. Waren alzoo noch het exploit noch de beteekening van het vonnis ter kennis gekomen van den gedaagde, dan liet men de zaak rusten totdat de termijnen van verzet voorbij waren. Wanneer men zulke bepalingen noodig heeft tegen ontrouw van rechterlijke beambten, dan werden deze zelve beter geheel afgeschaft. De bepaling van art. 82 jº. 81 (overigens ook in art. 159 C. de Pr. voorkomende) strekt om te zorgen dat het middel van verzet voor den veroordeelden gedaagde niet buiten zijn weten verloren ga. Hoe dit zij, onze wetgever nam terecht die bepaling van art. 156 niet over. Maar wel nam hij in het oorspronkelijk art. 88 de slotbepaling van art. 156 over, volgens welke de vonnissen bij verstek waarvan de tenuitvoerlegging niet was begonnen binnen zes maanden na hunne uitspraak als niet geweest worden beschouwd. Doch ook deze bepaling was niet behoorlijk gerechtvaardigd. Wel zou men kunnen zeggen, dat er geene onbillijkheid jegens den eischer in ligt, vermits men dezen met recht kan te gemoet voeren: waartoe hebt gij een vonnis gevraagd, als gij het niet wilt uitvoeren, terwijl gij door dat uitstel den gedaagde buiten de mogelijkheid kunt plaatsen om later zijne middelen van verzet en van verdediging tegen de oorspronkelijke vordering te gebruiken? Maar, wordt met recht geantwoord, tegen dergelijken onverdedigbaren toeleg wordt de schuldenaar geholpen door de verjaring; waarom laat men aan deze niet hare gewone werking, in stede van den schuldeischer, die door de vordering in te stellen en tot op het vonnis door te zetten van de waakzaamheid voor zijne rechten blijk gaf, tot vervolging te dwingen? Ook is het verval hier niet noodig om den veroordeelde het behoud van zijn recht van verzet te waarborgen, vermits dit hem voldoende is gewaarborgd door de bepaling van art. 81 B. R. Terwijl alzoo de bepaling volstrekt niet door haar doel, bescherming van den veroordeelden gedaagde, wordt gerechtvaardigd, streeft zij zelfs haar doel voorbij en kan tot zijn nadeel leiden. Want, gelijk BOITARD op art. 156 nº. 314 terecht opmerkt, de wetgever dwingt dengene die 't veroordeelend vonnis verkreeg tot de tenuitvoerlegging, terwijl deze anders den veroordeelde, zonder zijn vonnis in de waagschaal te stellen, voorshands met rust kon laten. Let men op de aanleiding, die in den regel een gedaagde verstek doet laten gaan, dan zal hij gewoonlijk wel het

meest daarmede gebaat zijn, dat de schuldeischer met het hebben van een executoiren titel voorshands tevreden zij. Geen wonder dat het Ontwerp de bepaling van art. 88 deed vervallen (zie de toelichting op B. V., tit. I, bl. 149). Zij verdiende bij partieele herziening te worden opgeruimd, want ook in de toepassing gaf zij tot moeilijkheden en geschillen aanleiding. En dit is geschied bij art. 4 der wet van 1886 n°. 230, nadat de intrekking vruchteloos was voorgesteld bij een Ontwerp tot intrekking, wijziging en aanvulling van sommige artikelen van het W. v. B. R., door den Minister VAN LILAAR voorgedragen in 1869, toen de Tweede Kamer aan zijn behoud de voorkeur gaf, en later in 1877, bij art. 6 van het gewijzigd Ontwerp van wet houdende wijzigingen in het W. v. B. R. van den Minister VAN LYNDEN, wiens aftreding de verdere behandeling van dat Ontwerp stuitte.

In het fransche herzieningsontwerp van 1886 werd de bepaling van ons oud-artikel 88 behouden, zonder dat zelfs een woord tot de verdediging van dat behoud werd gezegd in de toelichting. In het belgische Ontwerp is het geheele middel van verzet vervallen door het daarbij gedane voorstel om na een eerste verstek eene herhaalde dagvaarding te doen bevelen en bij herhaalde niet-verschijning een vonnis te doen wijzen dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd.

§ 73. HET BEVEL TOT VOORLOOPIGE TENUITVOERLEGGING DER VONNISSEN (*).

Wat dit bevel is?

Het bevel tot voorloopige tenuitvoerlegging bestaat in eene uitspraak des rechters, waarbij hij het vonnis vatbaar verklaart om bij voorraad, d. i., niettegenstaande het door het middel van verzet, hooger beroep, revisie of cassatie wordt bestreden, tenuitvoergelegd te worden. Artt. 52 en 53 B. R.

De aangeduide rechtsmiddelen hebben ten aanzien van de tenuitvoerlegging van het vonnis een schorsende kracht, art. 82 § 2, 350, 364, 398 § 4. In art. 364 wordt, door de aanhaling van art. 350,

(*) Een Acad. Proefschrift betreffende dit onderwerp werd in 1868 te Leiden verdedigd door den heer J. A. VAN GILSE van het toenm. Amsterd. Athen., onder den titel: Iets over de uitvoerbaarheid van vonnissen bij voorraad.

revisie ook in dit opzicht gelijkgesteld met hooger beroep. Dat ook de cassatie schorsende kracht zou hebben was lang betwist. Het werd bij de vaststelling van art. 398 uitgemaakt. Van daar dat artt. 52 en 53 alleen spreken van voorloopige ten uitvoerlegging niettegenstaande verzet en hooger beroep, en dat art. 398 § 3 de bepalingen van art. 52 en 53 in cassatie uitdrukkelijk toepasselijk verklaart. Worden zij aangewend dan is degene die het vonnis verkreeg onbevoegd om het vonnis ten uitvoer te leggen of met de tenuitvoerlegging voort te gaan. Hij moet den uitslag van het aangewende middel afwachten. Hiervan wordt hij door het bevel tot voorloopige tenuitvoerlegging ontheven.

Het hoofddoel van de tenuitvoerlegging bij voorraad is, gelijk de wettelijke qualificatie het aanduidt en de wet het er uitdrukkelijk bijvoegt, om door geen der aangewezen middelen in de tenuitvoerlegging te worden opgehouden. Zij brengt evenwel ook mede dat een vonnis voor hooger beroep vatbaar ook binnen de acht dagen na de uitspraak, gedurende welke de uitvoering in den regel geschorst wordt, kan worden tenuitvoergelegd. (art. 342). Ditzelfde geldt van vonnissen vatbaar voor revisie (art. 361). Zoo kan ook in alle gevallen van dringende noodzakelijkheid — en daarmede zullen wel de gevallen bedoeld zijn, waarin voorloopige tenuitvoerlegging te pas komt — de tenuitvoerlegging van een bij verstek gewezen vonnis mogen bevolen worden vóór den afloop van den termijn van acht dagen na de beteekening, binnen welken anders de tenuitvoerlegging niet mag geschieden (art. 80). De tenuitvoerlegging van een vonnis kan tegen een derde geen plaats hebben dan acht dagen na de beteekening aan de partij tenzij de voorloopige tenuitvoerlegging van het vonnis bevolen ware. (art. 432).

Rechtsgrond. Hoe rationeel de schorsing zij van de tenuitvoerlegging van het vonnis ten gevolge van de aanwending der genoemde middelen, er is in vele gevallen meer nadeel daarvan te vreezen dan van de tenuitvoerlegging bij voorraad. Daarom is het verkieslijk geacht deze in dergelijke gevallen toe te laten.

Schorsing is rationeel, omdat de aanwending der aangevoerde middelen de vernietiging van de uitspraak ten gevolge kan hebben en de zaak eerst volkomen onderzocht en daarom in het oog des wet-

gevers eerst definitief beslist kan worden geacht, nadat zij aan het door die middelen beöogde herhaald onderzoek des rechters is onderworpen geweest. Bij de onmiddellijke tenuitvoerlegging wordt dus gehandeld als ware een recht definitief erkend, terwijl de rechter nog tot nader onderzoek wordt geroepen. Er wordt alzoo op diens oordeel vooruitgeloopen. Maar als nu, hoe noodzakelijk de toekenning en mogelijke aanwending der bedoelde rechtsmiddelen in het algemeen zijn mogen, in bepaalde gevallen a priori met veel waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat geen verandering der uitspraak van het nader onderzoek te wachten zij of dat de tenuitvoerlegging geen uitstel kan lijden zonder dat er dadelijk nadeel onsta, of dat deze beide omstandigheden samenloopen, dan wordt het in het algemeen voor de rechtszekerheid noodzakelijk en heilzaam werkende middel, een middel tot vertraging van de voldoening aan wettig erkende aanspraken en alzoo misbruikt. Dit tegen te gaan is de strekking van het bevel tot voorloopige tenuitvoerlegging, tegen welks verkeerde toepassing (indien deze later mocht blijken) nog een bijzondere waarborg kan gegeven worden. Ten einde echter dengene die de voorloopige tenuitvoerlegging verkreeg, met bedachtzaamheid te werk te doen gaan, kan de tegenpartij verstandig handelen door zoo spoedig mogelijk in hooger beroep te komen. Daartoe wordt haar dan ook bij uitzondering de gelegenheid gegeven reeds voordat acht dagen na de uitspraak verloopen zijn. art. 342.

Hoe rationeel de schorsing om boven aangevoerde redenen zij, is het evenwel de vraag, of de gevallen, waarin de voorloopige tenuitvoerlegging moet uitgesloten worden, vooraf te bepalen zijn, gelijk de wetgever meende dit te kunnen deen, arg. a contr. ex art. 53. Het eenige ware beginsel achtte de Minister DONKER CURTIUS (toel. op 't Ontw. 1855, art. 18) daarin gelegen dat g e e n e voorziening bij den hoogeren rechter tegen eene rechterlijke uitspraak hare ten uitvoerlegging moet kunnen schorsen dan alleen wanneer de gevolgen der executie, eenmaal geschied zijnde voor geen herstel vatbaar zijn, zoodat ook dan zelfs, wanneer de uitspraak door den hoogeren rechter wordt vernietigd, de ten slotte in het gelijk gestelde partij de vruchten van de gunstige beslissing, die hij verkregen heeft, niet zou kunnen plukken. Daarom moest de rechter aan geene limitatieve opsomming van gevallen bij de wet gebonden worden. Hij moet in ieder geval beoordeelen of, zonder gevaar voor onherstelbaarheid van de gevolgen der executie, de tenuitvoerlegging kan bevolen worden. Is dit niet

het geval dan moet hij zelfs in gevallen als van art. 52 tot de voorloopig uitvoerbaarverklaring niet verplicht zijn. Het Ontwerp volgde daarbij het voorbeeld van den belgischen wetgever die in de Wet van 25 Maart 1841 in art. 20 de volgende bepaling opnam: L'exécution provisoire sans caution sera ordonnée même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente par jugement dont il n'y a pas d'appel. Dans tous les autres cas l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution." In het Ontwerp 1865 bleef men bij het stelsel der tegenwoordige Wet. art. 22 en 23 van tit. VI. B I en de toel. bl. 86. De fout in de redeneering der Mem. van Toel. van 1855 komt mij voor deze te zijn, dat alleen gevraagd wordt naar het onherstelbaar nadeel dat eene executie zou te weeg brengen en niet of de gegeven beslissing zoo onbetwistbaar moet worden geacht, dat hare vernietiging nauwlijks aannemelijk is en de tenuitvoerlegging geen uitstel kan lijden zonder dadelijk nadeel te doen ontstaan.

In welke gevallen?

De gevallen, waarin het bevel tot voorloopige tenuitvoerlegging gegeven wordt, kunnen tot twee categoriën worden teruggebracht:

Imperatief.

1°. de zoodanige waarin de wenschelijkheid daarvan reeds uit het algemeen karakter dier gevallen voortvloeit en het bevel alzoo door den rechter moet worden gegeven. Het is dan niet afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het bijzonder geval. Art. 52;

Facultatief.

2°. de zoodanige waarin de wenschelijkheid wel in 't algemeen kan worden aangenomen, maar de toepassing toch afhankelijk blijft van het concrete geval en daarom die toepassing van 'srechters oordeel is afhankelijk gesteld. Art. 53.

Ad 1um. Art. 52 noemt de gevallen op waarin het bevel door den rechter moet gegeven worden en schrijft dit voor „indien er is een authentieke titel, een erkend handschrift, of eene voorafgegane veroordeeling bij een vonnis, hetwelk voor geen verzet of hooger beroep vatbaar is."

Authentieke titel. Deze levert volkomen bewijs op van hetgeen daarin vermeld staat, art. 1907 B. W., en kan zelfs tegen de

partij, welker verbintenis daarin werd geconstateerd, tenuitvoergelegd worden. Intusschen kan zoodanige verbintenis toch om meer dan eene reden aanleiding tot geschil geven. De verbonden persoon beweert opheffing der verbintenis, of hare ongeldigheid. Indien nu dergelijke bezwaren zijn opgeheven bij het vonnis, dan ontstaat daaruit, in het oog des wetgevers, alle waarschijnlijkheid voor de handhaving van 't eens uitgesproken vonnis.

Een erkend handschrift staat in bewijskracht met de authentieke acte gelijk, art. 1912 B. W., behoudens art. 1917. De bepaling moet ook toepasselijk geacht worden op een vonnis, dat den niet-verschenen gedaagde bij verstek veroordeelde op grond van een handschrift dat, juist ten gevolge van het wegblijven des verweerders, niet door hem erkend werd. Immers eerst bij ontkentenis behoeft de eischer de echtheid te bewijzen. En bij wegblijven van den gedaagde behandelt de rechter het onderhandsch geschrift als erkend, omdat de gedaagde niet ontkende en alleen in die ontkentenis voor den eischer aanleiding bestaat om het bewijs der echtheid te leveren, en wijst hij de daarmede gestaafde vordering toe wanneer hij geene bijzondere redenen heeft om die als ongegrond of onrechtmatig af te wijzen. Toch werd dit gevoelen niet algemeen aangenomen. Het tegenovergestelde verdedigt DIEPHUIS III bl. 362, en in noot 4. Met hem vereenigt zich LAND III 1ᵉ. stuk bl. 378. Verg. jurisprudentie in verschillenden zin in Pasicrisie v⁰. Provisioneele executie n⁰. 22. Op het voorbeeld van het Ontwerp 1865 tit. VI. art. 22 n⁰. 2, besliste de wetgever in 1896 dit geschilpunt door in art. 52 te bepalen dat de erkenning mede aangenomen wordt, in geval recht wordt gedaan bij verstek. In het Ontwerp wordt daar bijgevoegd: „behoudens de bevoegdheid om, zoo daartoe gronden zijn, op het verzet het geschrift te ontkennen." Terecht werd van deze weglating de reden gegeven: „omdat het van zelf spreekt; de betwisting komt in de verzetprocedure tot haar recht." HARTOGH en COSMAN op art. 52 bl. 15.

Eene voorafgegane veroordeeling kan tot een proces aanleiding geven, indien er geschil ontstaat bij de tenuitvoerlegging van het vonnis waarin zij is vervat, hetzij over den minderen of meerderen omvang der veroordeeling, hetzij over den zin daarvan, hetzij over de liquidatie, zoo die noodig is. Wordt nu degene die het

vonnis verkreeg, op dit nieuwe geschil in het gelijk gesteld, dan krijgt de bestrijding allen schijn van een zoeken van uitstel; de betwisting van de uitvoering wordt geoordeeld eene gezochte te zijn en de daarover gegeven uitspraak zal niet licht vernietigd worden. Verg. BOITARD I, n°. 307.

Ad 2um. In al de in art. 53 opgenoemde gevallen geldt vooral de overweging dat de bevolen maatregel spoedig moet genomen of het vonnis spoedig moet uitgevoerd worden, zal het niet zijn doel missen.

Ten aanzien van n°. 3 dient opgemerkt, dat de woorden: „wanneer er geen schriftelijk bewijs van bestaande, vernieuwde of verlengde huur aanwezig is" die in de plaats zijn gesteld van: „wanneer er geen huurcontract is" art. 44 n°. 3 W. 1830, C. de pr. art. 135 n°. 3 „lorsqu'il n'y a pas de bail", welke laatste zeker de gedachte niet nauwkeurig uitdrukte, wel ontleend zullen zijn aan art. 41 R. O., toch is voor het daar voorziene geval deze bepaling niet geschreven. Zie Aanm. op bl. 256. Maar volgens art. 41 § 2 kan bij huur van landelijke eigendommen, wanneer de competentie des kantonrechters niet alleen van het niet voorbrengen van een schriftelijk bewijs van nog bestaande huur maar ook van den huurprijs afhankelijk is, de vordering tot ontruiming ook bij de rechtbanken voorkomen. In dat geval zal dan ook de voorloopige tenuitvoerlegging kunnen bevolen worden. De Rechtbank te 's Hertogenbosch overwoog evenwel bij vonnis van 13 Maart 1891 W. 6240 „dat wel in art. 41 en 42 R. O. wordt bepaald dat de vonnissen der kantonrechters in cas van ontruiming bij voorraad kunnen worden tenuitvoergelegd, maar dat dergelijke bepaling omtrent vonnissen van rechtbanken in de wet niet wordt aangetroffen".

Art. 42 R. O. bepaalt de voorloopige tenuitvoerlegging ook voor vonnissen op rechtsvorderingen tot ontbinding van huur wegens wanbetaling, door den kantonrechter uitgesproken. Ook deze vordering kan zich bij de rechtbanken voordoen, doch dan kan de voorloopige tenuitvoerlegging niet worden bevolen, omdat daarvoor geene bepaling, noch in art. 53 noch elders, voorkomt. Het komt mij voor eene zeer gedwongen verklaring te zijn van de woorden: „wanneer de huur geëindigd is", om daaronder de ontbinding der huurovereenkomst te verstaan. De tegenstelling van art. 41 en 42 R. O. steunt die verklaring zeker niet. Zie PENNINCK op art. 53. Anders echter OUDEMAN bl. 71 v., v. ROSSEM I bl. 94 en het Ontwerp op art. 23 n°. 4. —

Naar het fransche recht (C. de Pr., art. 17) waren alle vonnissen der vrederechters beneden fr. 300 van zelf en door de wet vatbaar voor tenuitvoerlegging bij voorraad; bij alle andere was het facultatief. — Voor de uitspraken in kort geding is de bevoegdheid tot voorloopige uitvoerbaarverklaring zonder aanzien van het onderwerp aan den President toegekend, art. 293. In handelszaken hangt ook, volgens art. 315, de tenuitvoerlegging van 's rechters oordeel af. Overigens zijn de bijzondere gevallen, waarop art. 53 aan het slot doelt, door het wetboek verspreid.

Eene aanmerkelijke uitbreiding werd aan de in art. 53 opgenoemde gevallen gegeven bij de herziening van 1896, toen daaronder werd opgenomen de veroordeeling „tot voldoening eener bepaalde geldsom." Al werd dit geval onder n°. 7 gekoppeld aan „jaargelden of uitkeeringen tot levensonderhoud" mag daaruit niet worden afgeleid dat de veroordeeling tot voldoening eener bepaalde geldsom zou plaats hebben onder gelijke omstandigheden als welke bij jaargelden of uitkeering „tot levensonderhoud" voorkomen, dat nl. de voldoening aan zoodanige uitkeering nauwlijks uitstel zou kunnen lijden. Immers de verbinding van beide gevallen stond met geen beginsel in verband: zij geschiedde alleen „om vernummering in het bestaand artikel te voorkomen." Zie HARTOGH en COSMAN bl. 18. Mijne Adviezen bl. 41.

Bij art. 27*a* der wet van 1861 n°. 53 (1869 n°. 124) is ook bepaald, dat de kantonrechter zijne uitspraken in geschillen over persoonlijke rechtsvorderingen door of tegen landverhuizers ingesteld voorloopig uitvoerbaar kan verklaren.

Uit de slotbepaling van art. 53 is het duidelijk genoeg, dat de voorloopige tenuitvoerlegging niet bevolen kan worden, zonder dat de wet het uitdrukkelijk bepaalt. Toelaten beteekent daar toch niet anders dan van het oordeel des rechters afhankelijk stellen, zooals in art. 53; voorschrijven, waar de wet het bepaalt, imperatief, onafhankelijk van 's rechters oordeel. Verg. art. 398 § 3. Daarmede vervalt de noodzakelijkheid om bepaalde gevallen uit te sluiten. Toch geschiedt dit uitdrukkelijk ten aanzien van de kosten in art. 55, overgenomen uit art. 137 C. de P., in overeenstemming met de praktijk onder de Ord. van 1667; zie de aant. van JOUSSE op art. 13 van tit. 17 der Ord. En terecht is die uitsluiting aangenomen, omdat inderdaad voor het verhaal der kosten geen van de redenen kunnen worden aangevoerd, welke in andere gevallen de voorloopige

tenuitvoerlegging wettigen. Ook was eene uitdrukkelijke bepaling niet overbodig, dewijl anders de veroordeeling in de kosten als eene bijkomende lichtelijk geacht zou worden in het aan de veroordeeling op de hoofdzaak toegekende karakter te deelen.

De bijvoeging „al waren die (kosten) ook in de plaats van schaden en interessen toegewezen", in art. 137 C. de Pr. opgenomen ten gevolge van eene opmerking van het tribunaat, heeft de uitleggers altijd moeite gegeven en schijnt niet dan op zeer gezochte wijze te verklaren. Zoo althans bij BOITARD I, p. 303; CHAUVEAU op CARRÉ Q. 558. Het schijnt zeer juist wat in de toelichting van het Ontwerp van 1865 op art. 24 van tit. VI B. I (bl. 88) wordt opgemerkt „dat het niet duidelijk is hoe de rechter ooit de bevoegdheid kan hebben, in de plaats van eene veroordeeling tot schadevergoeding eene veroordeeling in de kosten uit te spreken". BOITARD vindt het zelfs ongerijmd dat een eischer wiens recht op schadevergoeding moet worden erkend een vonnis verkreeg krachtens hetwelk zijne schadevergoeding zou bestaan in de proceskosten, waarin de gedaagde jegens hem wordt veroordeeld. „Ce serait", zegt BOITARD, éteindre une dette avec une autre dette du même debiteur, chose absurde." En dit geeft hem dan aanleiding om andere nog al gezochte gevallen uit te denken waarin die absurditeit niet zou ontstaan. Zie ook CHAUVEAU op CARRÉ Q. 588 n°. 6. Doch, zonder nog te denken aan veroordeeling in de kosten voor alle verschuldigde schadevergoeding in een geval waarin anders compensatie van kosten had kunnen worden uitgesproken, zou het kunnen schijnen, dat OUDEMAN I bl. 73 niet geheel ten onrechte wijst op gevallen, waarin, wegens eene ongegronde vertraging in eene executie of ongegronde aanwending van een middel tot bewaring van recht eene veroordeeling tot vergoeding van kosten, schaden en interessen kan worden uitgesproken indien daartoe termen zijn. De rechter erkent dat de executie ten onrechte werd vertraagd, het conservatoir middel ten onrechte aangewend, doch vindt geen grond om tot schadevergoeding te veroordeelen en bepaalt nu dat de in 't gelijk gestelde partij zich als schadevergoeding met de veroordeeling in de kosten van het proces moet tevreden stellen. De bepaling van art. 55 aan het slot was daarvoor toch niet noodig, want de veroordeeling blijft eene veroordeeling in de kosten. Ook blijft hier toch altijd naast de veroordeeling in de kosten nog eene andere beslissing over. Wil men zich een geval denken, waarin niet dan schadevergoeding werd gevraagd en die schadevergoeding zich oplost in de vergoeding

der proceskosten, dan kan men in de oude fransche praktijk een voorbeeld vinden bij D'AGUESSEAU, Oeuvres II bl. 339. Iemand was tot straf veroordeeld wegens overspel. Het Hof vond in hooger beroep reden om de straf aanmerkelijk te verzachten „et la Cour" dus D'AGUESSEAU, „adoucissant encore la sévérité de ce dernier jugement, n'a condamné le sieur Quinquet, après l'avoir admonesté, qu'aux dépens envers le mari, pour tous dommages et intérêts". Zie daar de ongerijmdheid van BOITARD in praktijk gebracht! En in het fransche herzieningsontwerp van 1886 werd voorgesteld (in art. 15 van tit. V) de bepaling op te nemen: „Peuvent également les dépens être adjugés à l'une ou l'autre des parties à titre de dommages intérêts". Doch die bepaling wordt niet toegelicht. Hoe dit zij, naar onze wet, en ook naar den Code de pr., zal de rechter een eisch blootelijk tot schadevergoeding afwijzende den eischer in de kosten moeten veroordeelen of dien gegrond oordeelende schadevergoeding moeten toewijzen met veroordeeling bovendien in de proceskosten. Wordt door het bovenstaande de aanleiding tot de bepaling verklaard, gerechtvaardigd wordt zij er niet door en het zoeken naar gevallen, waarin zij toepasselijk zou zijn leidt tot niets. Zie ook GARSONNET III § 453 n°. 1.

Verplichting tot borgstelling.

Ten einde zooveel mogelijk zekerheid te geven aan den veroordeelde voor het vergoeden van de schade, welke hij mocht lijden door de voorloopige tenuitvoerlegging van een vonnis dat later op het verzet of op andere middelen vernietigd werd, kan aan dengeen, wien de bevoegdheid tot voorloopige tenuitvoerlegging wordt verleend, de verplichting worden opgelegd tot borgstelling.

Het hangt, in de gevallen bij art. 52 zoowel als in die bij art. 53 bedoeld, van het oordeel des rechters af, of 't noodig zij die verplichting op te leggen.

De fransche wetgever keerde in den Code terug tot de onbeperkte toepassing van den oud-franschen regel: „provision est due au titre". Het sterke vermoeden, dat in het bestaan van een titel als grondslag van het vonnis gevonden werd voor de juistheid der uitspraak en de onwaarschijnlijkheid van hare vernietiging, deed in dat geval (dat van ons art. 52 = 135 C. de Pr.) de verplichting tot borgtocht onbepaald uitsluiten. Dit, niettegenstaande de Ord. van 1667, in tit. XVII art. 15, het stellen van zekerheid voorschreef, zonder dat van

het oordeel des rechters te laten afhangen. Hoe gering de waarschijnlijkheid van eene vernietiging en dus de mogelijkheid van schade voor den provisioneel geëxecuteerde moge zijn, beter schijnt het toch ook hier op de bijzondere omstandigheden van het concrete geval door den rechter te doen letten. Dat in art. 53 het opleggen van borgstelling aan het oordeel des rechters wordt overgelaten, was, nadat dit in art. 52 bepaald was, niet anders te verwachten. Opmerking verdient dat, wanneer de rechter, buiten de gevallen van art. 52, in handelszaken bevel tot voorloopige tenuitvoerlegging geeft, dit onder borgtocht of aanwijzing van voldoende zekerheid moet geschieden, art. 315.

Borgtocht kan, als 't verband, waarin het woord voorkomt, niet op eene meer algemeene beteekenis van zekerheidstelling wijst, niet anders dan van persoonlijke zekerheid worden verstaan, in eene wetgeving die borgtocht als persoonlijke zekerheid behandelt (B. W. III, tit. 18), vooral omdat t. a. p. uitdrukkelijk bepaald wordt, dat hij die door de wet of ten gevolge van een rechterlijk gewijsde verplicht is een borg te stellen, wanneer hij dien niet mocht kunnen vinden, kan volstaan met in de plaats daarvan pand of hypotheek te geven (art. 1867); omdat in onderscheidene bepalingen, waar de wetgever elke zekerheidstelling toelaat, hij van „persoonlijke of zakelijke zekerheid" of in 't algemeen van „zekerheid" spreekt (art. 831 B. W.), en omdat in enkele bepalingen, met name van het Wetb. van B. R. art. 152, de uitdrukking zekerheid opzettelijk gekozen werd om de zekerheidstelling niet tot de persoonlijke, die van borgtocht, te beperken. Zelfs in art. 315, waar de wetgever aanwijzing van voldoende zekerheid toelaat, wordt daarmede geen pand of hypotheek bedoeld, daar die uitdrukking niet anders dan eene vertaling is van het „justifier d'une solvabilité suffisante" van art. 439 C. de Pr.

Dat de bepaling van art 616 B. R. op dit bevel van zekerheidstelling toepasselijk is, en dus door den rechter een termijn moet worden bepaald, binnen welken de zekerheid moet worden aangeboden en aangenomen of betwist, werd zeer goed tegen Mr. OUDEMAN betoogd door Mr. H. I. VAN LEEUWEN in de N. Bijdragen voor Rechtsgel. 1878 bl. 52—66. Ten aanzien van de in datzelfde opstel behandelde vraag, van welk tijdstip die termijn moet beginnen te loopen, waarover veel onzekerheid bestaat, nam de Hooge Raad in een arrest

van 15 December 1876 (W. n^0. 4061) aan, dat hij loopen moet van de beteekening van het vonnis, in overeenstemming met de jurisprudentie van andere rechtcolleges, waartegen evenwel een afdoend bezwaar door den heer v. LEEUWEN wordt aangevoerd. t. a. p. bl. 63. Het door dien schrijver zelven ontwikkelde gevoelen dat „de zekerheid moet aangeboden worden zoodra de triumfeerende partij, in weerwil van een bestaand verzet, appèl enz. eenige daad van executie verricht" en dat van dat oogenblik de bij het vonnis gestelde termijn een aanvang moet nemen, schijnt wel het rationeelst. Het levert de minste bezwaren op en is met de wet zeer goed overeen te brengen. Een vonnis Rechtb. Amsterdam 20 Juli 1880 W. 4622 bepaalt: „mits stellende zekerheid, die zal moeten worden aangeboden binnen 8 dagen na het ingesteld appèl en binnen gelijken termijn daarna aangenomen of betwist."

Bij voorloopige uitvoerbaarverklaring met lijfsdwang, moet zekerheid gesteld worden ; art. 590 B. R. Voor de voorloopige tenuitvoerlegging van een vonnis tegen een Waterschapsbestuur gewezen tot overgifte van stukken benoodigd tot het opmaken van den omslag der kosten van werken door Gedeputeerde Staten, bij verzuim van het Waterschapsbestuur, uitgevoerd, wordt bij art. 13 der wet van 1855 n^0. 102 eene uitzondering op art. 590 gemaakt.

Hoe hoog moet het bedrag van den borgtocht zijn? Is het voldoende wanneer zekerheid gegeven wordt voor de teruggave van hetgeen de executant tengevolge van de tenuitvoerlegging van het vonnis zal erlangen? Dus oordeelde de Officier van Justitie bij de Rechtbank te Amsterdam. De Rechtbank was evenwel van oordeel dat de zekerheid moet gesteld worden voor de vergoeding van al het nadeel dat de veroordeelde door de voorloopige tenuitvoerlegging zal blijken geleden te hebben, indien het vonnis in hooger beroep mocht worden vernietigd. Volkomen juist m. i., maar daartoe was, dunkt mij, om het stilzwijgen der wet noch een beroep op algemeene rechtsbeginselen noodig noch een beroep op art. 1401 B. W., als zoude de executant van achteren beschouwd een onrechtmatige daad hebben gepleegd. (Het beroep op art. 1401 komt ook voor in een vonnis Amsterdam 20 Januari 1893 W. 6306.) Het stilzwijgen van de wet is dunkt mij welsprekend genoeg. Er moet zekerheid gesteld worden; waarvoor? dat de veroordeelde niet verstoken worde van het voordeel dat voor hem in het hooger

beroep gelegen is, vermits zijn recht daarop onverkort blijft. Hij moet dus zekerheid hebben dat hij, wordt het vonnis vernietigd, in denzelfden toestand geplaatst worde, als waarin hij zou geweest zijn wanneer het vonnis niet was ten uitvoergelegd. Voorloopig kan hier toch geene andere beteekenis hebben dan onderhevig aan te nietdoening, maar, terwijl de eens plaats gehad hebbende ten uitvoerlegging feitelijk niet kan worden te niet gedaan, bestaat die tenietdoening van zelf in de opheffing van al hare gevolgen. Het aangehaalde vonnis (van 4 Nov. 1884) komt voor in W. n°. 5161, de conclusie in W. 5252. Wanneer de Officier van Justitie voor zijn gevoelen een beroep doet op hetgeen ik hierboven schreef dat de borgstelling zooveel mogelijk zekerheid moet geven voor het vergoeden van de schade, welke de veroordeelde door de voorloopige executie mocht lijden, dan moet ik opmerken dat dat zooveel mogelijk eenvoudig daarop slaat, dat hij de verkochte goederen zelve bijv. niet terug krijgt; dat hij door het geldelijk bedrag der veroordeeling terug te ontvangen zou zijn schadeloos gesteld, wordt daarmede volstrekt niet beweerd. Ik heb dan ook geen reden gezien in den tekst eenige verandering te brengen.

Bij de herziening van de Civ. pr. Ord. werd in § 717 (vroeger § 655) de verplichting tot schadevergoeding opgenomen, niettegenstaande de rechtmatigheid en billijkheid daarvan hevig werd bestreden. Zie STAUB en SIEVERS Juristen Zeitung. III n°. 3 bl. 58 en 59 en n°. 6 bl. 121. „Nicht ungerechtfertigt" acht haar WACH in Juristen Zeitung III n°. 4 bl. 67.

Al of niet ambtshalve?

Het bevel tot voorloopige tenuitvoerlegging wordt door den rechter alleen dan gegeven, wanneer het door den eischer gevraagd wordt.

De bepalingen van artt. 52 en 53 laten op zich zelve beschouwd tweeërlei uitlegging toe. Men kan art. 52 („zal bevolen worden") als een imperatief voorschrift aan den rechter opvatten in tegenstelling van het facultatieve kan in art. 53. Doch het kan even goed beteekenen, dat de rechter, naar art. 52, het bevel moet uitspreken indien de eischer het vraagt, terwijl hij in datzelfde geval, naar art. 53, de bijzondere omstandigheden van het concrete geval in aanmerking neemt.

Bij beide opvattingen komen het imperatieve en facultatieve van

beide voorschriften even goed tot hun recht. Bij deze dubbelzinnigheid van de artikelen op zich zelve beschouwd, is de keuze tusschen de beide uitleggingen niet moeilijk. De hierboven voorgedragene moet gekozen worden om het in de burgerlijke rechtspleging heerschende beginsel van lijdelijkheid des rechters, dat hem, arg. art. 382, verbiedt meer toe te wijzen dan gevraagd werd, terwijl geen reden van publieke orde kan uitgedacht worden, welke hier eene uitzondering op den regel zoude rechtvaardigen.

Een zuiver bijzonder belang is hier in het spel, al begreep de belgische wetgever (bij art. 20 der wet van 1841) dat den rechter de bevoegdheid moest toegekend worden om ambtshalve het bevel te geven, „daar het middel zoo heilzaam werken kan om ongegronde appellen tegen te gaan". Hij laschte toen evenwel de woorden d'office in het oorspronkelijk art. 153 C. de Pr., hetwelk in Frankrijk door schrijvers en jurisprudentie algemeen in den door mij voorgestelden zin wordt opgevat. Zie een en ander bij CARRÉ, ed. CHAUVEAU, I. Q. 583, ed. Brux. Bij ons verdedigt DE PINTO II, § 63, een ander gevoelen. Zijn argument, dat hier niet meer toegewezen wordt dan gevorderd werd, is niet zeer krachtig, wanneer hij tevens erkent, dat de rechter aan de conclusiën der partijen gebonden is en die ambtshalve niet mag uitbreiden, veranderen noch daarvan afwijken. Zijn hoofdargument, dat, al gaf de rechter het bevel ambtshalve, er toch niet aan te doen zou zijn, is noch in thesi juist, omdat de rechter verplicht is zich aan de wet te houden, al weet hij dat hij haar straffeloos kan overtreden, noch in hypothesi omdat, indien artt. 52 en 53 dus moeten worden verstaan dat de rechter niet ambtshalve het bevel mag geven, hij door het toch te doen, het bevel geeft buiten de gevallen bij de wet voorzien en derhalve de appellant aan art. 352 het recht ontleent om te verzeeken dat de executie worde gestaakt. Zie CHAUVEAU, Aant. op CARRÉ, Q. 1666, OUDEMAN I, § 82. Het Ontwerp van 1865 bepaalt uitdrukkelijk „op daartoe strekkende vordering" in artt. 22 en 23. Het Ontwerp van 1855 volgde het voorbeeld van den belgischen wetgever.

Op dezelfde gronden meen ik dat ook de President der Arrondissements-rechtbank die in art. 293 bevoegd verklaard wordt de tenuitvoerlegging zijner uitspraken te bevelen bij voorraad, van die bebevoegdheid niet ambtshalve maar alleen op vordering der partijen kan gebruik maken, vooral nu eene vroegere redactie van art. 293 in overeenstemming met art. 809 C de Pr. luidde: „Zij (zijne uit-

spraken) zullen bij voorraad kunnen worden ten uitvoergelegd," zooals dit in art. 41 en 42 R. O. voor de kantongerechten is bepaald. Anders Hof s' Hertogenbosch 2 Oct. 1894 W. 6598. Verg. v. ROSSEM I bl. 315.

Bij het vonnis zelf.

De rechter moet, indien hij de voorloopige tenuitvoerlegging bevelen wil, dit bij het veroordeelend vonnis zelf doen. Hij kan dit niet doen bij een nader vonnis. De voorloopige tenuitvoerlegging zou dan alleen bij den rechter in hooger beroep gevraagd kunnen worden. Art. 54.

De bepaling van art. 54 is eenvoudig de toepassing van den regel dat de rechter op een eens gewezen vonnis niet kan terugkomen; daarin geene verandering mag brengen, dan tengevolge van een der wettelijke middelen waarmede de vonnissen bestreden kunnen worden.

Zie fransche jurisprudentie in dezen zin en auteurs bij CRÉPON traité de l'appel (1888) n°. 2946 II bl. 257.

Blijkens de 2e aant. van JOUSSE op art. 17 van tit. XVII der ordonnantie was onder hare heerschappij voor het bevel der voorloopige tenuitvoerlegging eene uitzondering op dien regel toegelaten, welke de C. de Pr. in art. 136 ophief.

Indien alzoo het bevel niet is verleend, hetzij omdat het niet werd gevraagd, hetzij omdat de rechter daarvoor geen termen vond, zal het van den rechter in hooger beroep gevraagd kunnen worden op de wijze bij art. 351 voorgeschreven. Langs een anderen weg kan het dan niet meer verkregen worden. Over de toepassing van art. 351 op het geval dat de voorloopige tenuitvoerlegging in eersten aanleg niet was gevraagd, zie arr. Hof Zeeland 15 April 1862, R. Bijblad XIV (1864) bl. 117 en mijne Aant. ald. bl. 119.

Verleende de eerste rechter het bevel tegen de wet, ook dan kan herstel bij den hoogeren rechter gevraagd worden, art. 352.

Aanm. Uitgaande van de behandeling van den inhoud van het vonnis kon er voor mij alleen sprake zijn van een bevel des rechters tot tenuitvoerlegging bij voorraad. Toch is het de vraag, of er niet gevallen zijn waarin het vonnis zonder zoodanig bevel, krachtens de wet alleen, voor voorloopige tenuitvoerlegging vatbaar is. In zoodanige gevallen zou dan ook van zelf de noodzakelijkheid voor den

eischer vervallen om de uitspraak van den rechter te vragen. Aanleiding tot twijfel geven de artt. 41 en 42 R. O., in zooverre art. 41 bepaalt, en art. 42 verwijst daarnaar, dat in de daar bedoelde gevallen de vonnissen der kantonrechters bij voorraad kunnen worden tenuitvoergelegd, behoudens de bevoegdheid van den kantonrechter om het stellen van borgtocht te bevelen. Verg. de opmerking van de eerste afdeeling der Tweede Kamer bij v. d. Honert op § 53 bl. 203 2e kol.: „Laatstgenoemd artikel" enz. Art. 123 B. R. bepaalt daarentegen dat de kantonrechter, in de gevallen bij art. 41 R. O. bedoeld, de onmiddellijke tenuitvoerlegging van zijn vonnis tot ontruiming bij voorraad kan bevelen met of zonder borgstelling. De woorden van art. 41 R. O. zijn volstrekt niet twijfelachtig: de vonnissen kunnen bij voorraad worden tenuitvoergelegd. In eene bepaling voorkomende waarbij rechtsmacht wordt opgedragen en deze dus nader wordt bepaald, wordt gereedelijk ondersteld dat de wetgever daarmede eene uitbreiding aan de rechtsmacht heeft gegeven in dien zin dat het vonnis des kantonrechters, zelfs door een daartegen ingesteld appèl, in zijne tenuitvoerlegging niet wordt belemmerd. Maar vooral wordt deze beschouwing bevestigd door de overweging, dat de aangehaalde § van art. 41 een overblijfsel is van de algemeene bepaling van art. 17 C. de Pr. hetwelk de vonnissen der vrederechters tot aan 300 fr. uitvoerbaar verklaarde bij voorraad zonder borgtocht, terwijl in andere gevallen aan de vrederechters de bevoegdheid werd toegekend om hunne vonnissen voorloopig uitvoerbaar te verklaren mits borgtocht doende stellen. De voorloopige uitvoerbaarverklaring door de wet was dus volstrekt niets nieuws. Art. 123 zou, daar het alleen op het geval van art. 41 R. O. terugslaat, nu ook alleen daaraan kunnen derogeeren en we zouden dit moeten aannemen als het eene latere wet was. Nu evenwel bestaat er tusschen art. 123 en art. 41 strijd en die strijd kan niet anders worden opgelost dan door den zin van een der artikelen naar het andere te wijzigen. En dan geloof ik dat art. 123 voor art. 41 wijken moet, omdat men met grond mag aannemen dat de hoofdstrekking van art. 123 is om de wijze van die voorloopige tenuitvoerlegging nader te regelen nl., dat zij kan geschieden „op de minute, ook vóór derzelver registratie, en zonder andere formaliteit dan de vertooning der minute ter woonplaats van de veroordeelde partij".

Art. 4 van tit. XII der fransche wet van 16—24 Aug. 1790 (zie bijl. Dl. I, bl. LI) bepaalde dat alle vonnissen der rechtbanken van koophandel

zouden zijn uitvoerbaar bij voorraad onder borgtocht. Op grond van deze bepaling en van het tweede gedeelte van art. 439 C. de Pr. namen de fransche uitleggers van dat art. aan, dat ook volgens die bepaling de vonnissen der rechtbanken van koophandel krachtens de wet uitvoerbaar waren bij voorraad en dat de strekking van art. 439 alleen was om de triumfeerende partij in zekere gevallen van de verplichting tot borgstelling te ontslaan. Zij namen dit aan, niettegenstaande de aanhef van art. 439 luidde: Les tribunaux de commerce pourront ordonner l'exécution provisoire. Zie BOITARD op art. 438, (I bl. 697); anders CARRÉ Q. 1656. Ofschoon ons art. 315 B. R. eene navolging is van art. 439, is daarin toch de voorloopige uitvoerbaarheid krachtens de wet niet terug te vinden. De woorden van het artikel, in verband met de aanhaling van art. 52, verbieden aan iets anders dan aan een bevel des rechters te denken. Doch men zal art. 315 wel in dien zin moeten verstaan, dat ook in handelszaken, in de gevallen van art. 52, de voorloopige tenuitvoerlegging zal worden bevolen met of zonder borgtocht en dat dit in alle andere gevallen kan geschieden mits onder borgtocht. Cf. V. D. HONERT ad § 315. Art. 311 wijst op een geval waarin de voorloopige tenuitvoerlegging van zelf aan de uitspraak verbonden is. „De uitspraak kan worden tenuitvoergelegd" enz., dus luidt het artikel; niet: de rechtbank kan de voorl. tenuitvoerl. bevelen. Zie ook art. 4 faill. wet.

Over de kracht van een dergelijke bepaling in art. 278 laatste lid zie Dl. III, 2[de] dr. bl. 146.

§ 74. DE UITSPRAAK OVER DE KOSTEN.

Wat tot de proceskosten behoort.

De kosten van het proces, voor zoover die door de gedingvoerende partijen gedragen worden, bestaan in belastingen, en in de belooning van diensten aan de partijen bewezen en de vergoeding van onkosten te hunnen behoeve gemaakt.

Voor zoover die door de gedingvoerende partijen gedragen worden. Verg. Dl. I, § 14 VII.

A. Belastingen.

Registratie.

a. Het recht van registratie. Onder deze benaming wordt eene belasting geheven van alle onderhandsche en authentieke akten bij ge-

legenheid dat zij textueel of bij uittreksel worden geboekt in daartoe bestemde registers (enregistrement), waarvan eene verklaring op de acte gesteld wordt.

De registratie geeft aan de onderhandsche akten eene zekere dagteekening, die de authenthieke uit zich zelve hebben. Zij controleert het bestaan der akten en is een middel te meer voor deze controle, ten aanzien van die authentieke akten, welke in minute door den openbaren ambtenaar zelven bewaard moeten worden. De authentieke akten zijn aan gedwongen registratie onderworpen, de onderhandsche niet dan voor zoover zij een titel van overdracht van onroerend goed of van schepen van drie last en daarboven bevatten. De belasting is dan niet om de akte maar om den overgang verschuldigd, art. 12 Wet van frimaire, artt. 1 en 3 Wet 16 Juni 1832 n°. 29.

Op welke acten?

Voor zoover het registratierecht tot de proceskosten behoort kan men tweeërlei categorie van akten, waarop het geheven wordt, onderscheiden: *aa.* de akten van het proces als zoodanig; *bb.* de akten welker registratie door en om het proces noodzakelijk wordt.

aa. Tot deze behooren de dagvaarding, de beteekeningen, bepaaldelijk de akten van procureur tot procureur, welke met de akte van beteekening van den deurwaarder als een geheel geregistreerd worden. De verklaring of conclusie van den procureur, die de deurwaarder beteekent, wordt niet geregistreerd evenmin als de ter audientie genomene conclusiën en de conclusiën van het O. M. Voorts de vonnissen, minuut of expeditie of beide en de beteekening daarvan. Zie hierboven bl. 52, 115, 221 v.

bb. Ofschoon de onderhandsche akten in den regel niet aan gedwongen registratie onderworpen zijn, moeten zij toch geregistreerd worden, als men daarvan in een proces gebruik wil maken. Anders mag de rechter er geen recht op doen. Artt. 23 en 47 der wet van frimaire, art. 3 der wet van 1832 n°. 29. Het zijn dus onmiddellijk door het proces veroorzaakte kosten en daarom zijn ze onder de proceskosten te begrijpen.

De registratierechten welke op authentieke akten worden geheven,

moeten aan de schatkist betaald worden door de ambtenaren welke ze ter registratie aanbieden. Alzoo voor die sub *aa* door de deurwaarders en de griffiers. Is er een procureur in de zaak, dan worden deze rechten aan den griffier en deurwaarder onmiddellijk door den procureur terugbetaald en door dezen aan de partij in rekening gebracht. De procureur is daarvoor jegens den griffier verbonden door art. 50 van het Tarief, met welks aanhef te vergelijken art. 37 der wet van frimaire.

Voor het registratierecht der sub *bb* bedoelde akten zijn de partijen zelve volgens art. 31 der wet van frimaire aansprakelijk, doch ook deze zullen in den regel door den procureur betaald worden. In verband met deze en andere uitschotten door den procureur staat de bepaling van art. 48 van het Tarief.

Zegel.

b. Het zegelrecht. Dit wordt van alle akten van het proces, die daarvan niet uitdrukkelijk zijn vrijgesteld, geheven, doordien zij niet anders dan op het van rijkswege uitgegeven gezegeld papier geschreven mogen worden. Art. 1, 12 en 13 der wet van 3 October 1843 n°. 47 j°. art. 3 der wet van 31 December 1856 n°. 165 en art. 1 wet van 1882 n°. 93.

Het zegelrecht is ook wel eens een onmiddellijk gevolg van het proces doch, in vergelijking met het registratierecht, is dit zelden het geval. Alleen de stukken bedoeld in art. 10 der wet van 1843 kunnen daartoe gebracht worden. Immers ook de onderhandsche akten moeten naar het voorschrift der wet, dadelijk op zegel worden geschreven, zoodat er boete verschuldigd is wanneer dit niet heeft plaats gehad, terwijl voor de akten, opdat zij in het proces kunnen gebruikt worden, het zegelrecht moet voldaan zijn. Het proces is dan niet de oorzaak waarom, maar alleen de gelegenheid waarbij het zegelrecht betaald wordt, en daarom kan noch het betaalde zegelrecht noch de boete onder de proceskosten gebracht worden. Zie art. 8 der wet van 1843.

Diensten en onkosten.

B. Belooning van diensten en vergoeding van onkosten is ver- verschuldigd:

1°. aan de griffiers, advocaten, procureurs en deurwaarders.

Deze zijn bij het berekenen hunner belooning en verschotten gebon-

den aan het Tarief, ingevoerd bij de wet van 28 Augustus 1843, n°. 41. De deurwaarders worden, als zij door procureurs of advocaten in dienst gesteld worden, door dezen, niet onmiddellijk door de partijen, betaald.

Het tarief regelde ook de belooning aan de kantonrechters verschuldigd. Deze werd hun evenwel niet voor de eigenlijke rechtspraak maar voor handelingen van voluntaire jurisdictie toegekend. Doch ook dit had zijn bezwaren en de onderscheiden ontwerpen van rechterlijke organisatie hadden de strekking om die belooning af te schaffen. De afschaffing heeft plaats gehad bij de wet van 9 April 1877 n°. 73 art. 3.

2°. aan bewaarders, deskundigen, getuigen.

Het aan dezen toe te kennen loon wordt geregeld in den VIen titel van het tarief. Ook deze onkosten worden door de procureurs voorgeschoten. In den eenvoudigen gang van het proces, dien wij tot dusver behandelden, komen zij niet voor.

De judiciëele boeten, die ons wetboek nog oplegde aan dengene die in cassatie, request civiel, verzet door derden, betichting van valschheid, wraking van rechters, en rechtsweigering werd in 't ongelijk gesteld, (terwijl bij sommige dezer middelen en bij wraking van deskundigen ook nog veroordeeling tot schadevergoeding buiten de proceskosten kan volgen), alleen op grond van de door 't vonnis ongegrond gebleken en daardoor als onrechtmatig beschouwde bewering, werden evenwel bij de wet van 7 April 1859 n°. 55 afgeschaft.

De kosten ten laste van de in het ongelijk gestelde partij.

De kosten van het proces komen ten laste van de in het ongelijk gestelde partij. De regel is dat deze in de kosten wordt verwezen, bij het vonnis hetwelk haar in het ongelijk stelt. Art. 56.

Rechtsgrond.

De grond, waarop deze bepaling steunt, is de verplichting tot vergoeding van schade door een onrechtmatige daad aan een ander veroorzaakt. Art. 1401 B. W.

Het is niet twijfelachtig dat onze wetgever den algemeenen regel van art. 1401 B. W. tot grondslag gelegd heeft ter beslissing van de vraag, wie de kosten van het proces moet dragen. Dit was trouwens

bij het maken der wet eene recepta sententia. Men meende dat zij haar rechtvaardiging vond in het R. R. Vooral na de verhandeling van A. D. WEBER, Ueber die Proceskosten, deren Vergütung und Compensation, Schwerin und Wismar 1788, waarvan de vijfde druk verscheen, Hannover 1811, (Prof. H. W. TYDEMAN bezorgde van dit werkje eene hollandsche vertaling, Amsterdam 1808), werd dit gevoelen algemeen. Het resultaat was dat, dewijl het vonnis dat iemand in het ongelijk stelt ten duidelijkste bewijst, dat hij onrechtmatig procedeerde, hij ook noodzakelijk de aldus onrechtmatig toegebrachte schade moest vergoeden en de eenige omstandigheid, die van deze verplichting kon ontheffen, zou dan deze zijn, dat er een te verontschuldigen dwaling in de feiten had plaats gehad, daarin bestaande, dat de in 't ongelijk gestelde ongelijk kreeg op grond van een feit, dat hij niet gehouden was te bewijzen of te kennen, alzoo hoogst zelden. Op die beperking slaat onze wetgever dan ook geen acht. Tegenwoordig is men vrij algemeen teruggekomen van de meening, als zoude de leer van WEBER in het R. R. steun vinden (zie bijv. WETZELL, System. § 46 bl. 265 vv.), doch al leerde het R. R., dat de veroordeeling der in 't ongelijk gestelde partij in de kosten het gevolg moest zijn van eene door het in 't ongelijk stellend vonnis bewezen onrechtmatige daad, die leer ware er niet door gerechtvaardigd. Want al wil men het „res iudicata pro veritate habetur" geen fictie, geen noodleugen noemen, omdat ook inderdaad het vonnis naar waarheid recht kan spreken en men zelfs moet aannemen dat dit in den regel geschiedt, toch blijft het tegenovergestelde mogelijk en is de waarheid die het vonnis uitspreekt nooit anders dan **formeele** waarheid. Bovendien is de fictie of de spreuk ook volstrekt niet uitgevonden om daarmede uit te drukken dat de in 't ongelijk gestelde tegen de waarheid en tegen het recht handelde door het proces aan te vangen of daarop in te gaan.

Al blijft het noodzakelijk om, met het oog op bepaalde gevolgen, de formeele waarheid van het vonnis aan te nemen, even zeker blijft het dat desniettemin de in het ongelijk gestelde partij het voeren van het proces wel kan rechtvaardigen en haar geen onrechtmatige daad kan worden te laste gelegd, als zij over de feiten in eene dwaling verkeerde, waarin de tegenpartij haar gebracht of gehouden heeft, of welke vóór de instructie van 't geding aan beide partijen niet bekend konden zijn, of wel wanneer zij over het recht verstand der wet, in het recht dwaalde en de aanleiding tot die dwaling door verschil

van jurisprudentie of doctrine of door met het oog op het proces ingewonnen adviezen van rechtsgeleerden, welke de rechter echter niet volgde, gerechtvaardigd wordt. BORST, Ueber die Erstattung der Proceskosten als Schadensersatz, Nürnberg 1812. Ja zelfs pleegde zij geen onrecht als zij niet eene kennelijk onrechtvaardige zaak verdedigde, maar zich liet leiden door de overweging om haar beweerd recht niet lichtvaardig onverdedigd te laten. Men zie vooral den merkwaardigen brief van BILDERDIJK over dit onderwerp aan Prof TYDEMAN geschreven, naar aanleiding van diens vertaling van WEBER, opgenomen in Briefwisseling van Mr. W. BILDERDIJK met de Hoogleeraren Mrs. M. en H. W. TYDEMAN, gedurende de jaren 1807—1831, uitgegeven door H. W. T. TYDEMAN, XXVIIIe brief, I, bl. 73—102. BILDERDIJK verdedigt daar de praktijk van het hollandsche recht, hetwelk, al meende 't ook ten onrechte op 't R. R. te steunen, de juiste beslissing trof door de veroordeeling in de kosten van 's rechters oordeel afhankelijk te stellen en die kosten alleen dan aan de in het ongelijk gestelde partij op te leggen, als zij kennelijk eene onrechtvaardige zaak verdedigd had, terwijl de rechter ze anders compenseerde. Zie G. GROTII, Isagoge II,. *c.* 7 § 13. Zal nu bijv. de rechter dit kunnen zeggen, wanneer hij iemand ongelijk geeft tegen het advies van het O. M. of tegen het advies van de minderheid in het college, of tegen de uitspraak van een lageren rechter, die over de zaak onder geheel gelijke omstandigheden te oordeelen had? Zou het zoo onbillijk zijn, als beide partijen de kosten droegen, welke de opheffing van den onzekeren rechtstoestand, waarin beide verkeerden, noodzakelijk maakt? Ik meen dat de wetgever deze zijne leer zal moeten herzien en wees daarop in een opstel in „de Gids", Mei 1874, bl. 223, waarbij ik in de noot op bl. 227 nog een vertoog aanhaal van Mr. W. S. VAN REESEMA, in de N. Bijdr. voor Rechtsgel. III (1853) bl. 187—189. Reeds bij de beoordeeling van het Ontwerp, dat hier alles bij het oude laat, trok dit punt mijne aandacht, N. Bijdr. XVI (1866) bl. 271. Ik heb niets tegen de toepassing van den regel van art. 1401 B. W. op het onrechtmatig voeren van een proces, maar ik kan het niet goedkeuren, dat alleen op grond van het vonnis dat in het ongelijk stelt, de onrechtmatigheid van het procesvoeren ten laste van de in 't ongelijk gestelde partij wordt aangenomen. De vraag werd in de Juristenvereeniging behandeld naar aanleiding van een praeadvies van Mr. A. F. K. HARTOGH, die het stelsel der wet in bescherming neemt, terwijl de vergadering op den juristendag in denzelfden

geest met groote meerderheid van stemmen besliste. Zie Handelingen 1875 I bl. 114. II, bl. 15—86.

De Duitsche Civilprozesordnung nam in § 87 (thans 91) de verplichting der in het ongelijk gestelde partij tot betaling der kosten aan. Verg. WILMOWSKY u. LEVY Kommentar p. 105, v. In § 89 (thans 93) wordt evenwel eene uitzondering gemaakt voor 't geval dat de gedaagde door zijne houding geen aanleiding tot het instellen der vordering gegeven hebbende, daarin onmiddellijk berustte. Bij ons behoeft de bepaling van art. 56 dit niet uit te sluiten. Zie Pasiscrisie v°. proceskosten in burg. zaken n°. 86 vv. Adde: kantongerecht Groningen 24 Sept. 1877 W. v. h. R. n°. 4203. Rechtbank Alkmaar 24 Oct. 1878 W. v. h. R. n°. 4297.

Dat eene referte aan het oordeel des rechters de veroordeeling in de kosten niet kan doen ontgaan, vermits de zich refereerende partij in den regel ook de in het ongelijk gestelde zal zijn, werd meermalen terecht beslist. Zie Pasiscrisie v°. Proceskosten in b. z. n°. 141 vv. Cf. Jur. Spectator van 1 Januari 1876 n°. 31, bl. 53, naar aanleiding van een vonnis Zutfen 23 April 1874 W. v. h R. n°. 3895. Verg. GARSONNET III § 451. — In den regel, zeg ik. zal de zich refereerende partij wel de in het ongelijkgestelde partij zijn. doch dit is niet noodzakelijk. Het gaat, dunkt mij, niet aan om met de Rechtbank van Amsterdam 22 Juni 1877 W. 4143 aan te nemen dat de gedaagde die verklaart zich te refereeren aan het oordeel des rechters geacht moet worden in den gedanen eisch toe te stemmen en dat de rechter in dezen wil moet berusten ten ware deze zou strijden met de openbare orde. Beter kan ik mij vereenigen met eene uitspraak van het Hof te 's-Gravenhage, 16 April 1894 W. 6499, waarbij het overweegt „dat uit geene wetsbepaling volgt, bepaaldelijk niet uit art. 48 B. R., dat de rechter bij gebreke van tegenspraak de vordering zou moeten toewijzen, niettegenstaande hij van oordeel is dat de vordering niet wordt gewettigd door de daaraan ten grondslag gelegde feiten." In eene referte aan 's rechters oordeel ligt, dunkt mij, niet anders dan dat de partij aan 's rechters oordeel overlaat te beslissen, of hij gelijk of ongelijk heeft, zonder dat hij 't noodig of dienstig acht bepaalde tegenspraak te doen; toestemming in den gedanen eisch ligt daarin niet. En zoo zou de rechter van oordeel dat de zich refereerende partij gelijk had, haar gelijk moeten geven, waardoor dan ook de veroordeeling van de tegenpartij in de kosten zou moeten volgen. Doch eene referte kan niet doen beweren

dat er geen tegenspraak gedaan is en daarom van een in het ongelijkstellen met daaraan verbonden veroordeelen in de kosten geen sprake zou mogen wezen.

Laat de gedaagde verstek gaan, en wordt hij daarop veroordeeld, de kosten komen te zijnen laste en zij blijven dit, al werd later op zijn verzoek het bij verstek gewezen vonnis vernietigd. Zoo blijven ook de kosten door zijn niet verschijnen veroorzaakt te zijnen laste, al werd hij, na alsnog in rechte verschenen te zijn (art. 89*a*), in het gelijk gesteld. Uitzondering maakt alleen het geval dat de oorspronkelijke dagvaarding werd nietigverklaard. Immers dan blijkt dat zijn wegblijven gewettigd was. Zie art. 89 B. R.

In den regel zal wel de eischer wiens eisch wordt afgewezen en de gedaagde die veroordeeld wordt in de kosten worden verwezen. Maar is die afgewezen eischer, is die veroordeelde gedaagde wel altijd de in het ongelijk gestelde partij? De eischer aan wiens vordering hangende het geding door den gedaagde werd voldaan wordt afgewezen, de gedaagde die de schuld erkent en kan aantoonen, dat de eischer zonder eenige noodzakelijkheid hem dwong tot een proces wordt veroordeeld, maar is die eischer, is die gedaagde bij het vonnis in het ongelijk gesteld? Die afgewezen eischer krijgt wat hij vorderde, de veroordeelde gedaagde wordt, overeenkomstig zijn eigen beweren gevonnist. En de onrechtmatige daad der procesvoering ligt hier ook niet bij den afgewezen eischer noch bij den veroordeelden gedaagde, doch bij de tegenpartij. Als de eenige verwering des gedaagde tegen het bedrag der vordering is gericht en den eischer een verminderd bedrag wordt toegewezen, zal dan de gedaagde de in het ongelijk gestelde partij zijn? Zeker niet! Zoo zal ook, wanneer de vordering gedurende den loop van het geding vervalt, niettemin moeten worden onderzocht of de vordering op het oogenblik van hare instelling, bij de dagvaarding al of niet gegrond was om daarnaar uit te maken welke der partijen ongelijk had met het voeren van 't geding en de veroordeeling in de kosten dienovereenkomstig uit te spreken. Zie hierover GERRITZEN Acad. proefschr. Leiden 1892 bl. 135 vv. Opmerking verdient de bepaling opgenomen in een fransch Ontwerp tot herziening van den Code de pr. van 1886. Na in art. 14 van den titel: des jugemens, vooropgesteld te hebben: Toute partie qui succombe est condamnée aux dépens", bepaalt het Ontwerp in art. 15: „Néanmoins les dépens peuvent être mis à la charge de la partie dont les conclusions ont été adjugées, lorsque le tribunal apprécie,

d'après les circonstances, que l'instance a été motivée par son seul intérêt et que la résistance de la partie adverse pouvait paraître légitime". In de toelichting wordt daarvan gezegd: „le projet consacre une pratique qui tend à s'introduire dans quelques tribunaux". Verg. eene opmerking van THON in LINDE's Zeitschrift VIII bl. 43 en bl. 16 n[t]. 2.

Veroordeeling van eischer in de kosten, als noodeloos gemaakt, bij toewijzing van den eisch, sprak de Rechtbank van Arnhem uit 18 Januari 1886 W. n°. 5329; evenzoo Rechtbank Amsterdam 24 Nov. 1892 W. 6604. De bevoegdheid om kosten die noodeloos werden aangewend of veroorzaakt voor rekening te laten van de partij die ze noodeloos aanwendde of veroorzaakte, geeft de wet uitdrukkelijk aan den rechter in art. 56 § 1 a. h. e. (1879 n°. 75).

Of naar onze wet zou opgaan eene veroordeeling tot schadevergoeding boven en behalve de veroordeeling in de kosten, zooals dit in de belgische en fransche jurisprudentie, ook buiten de gevallen van ongegrond gebleken executie-maatregelen, geschiedt, waarover LAURENT XX n°. 412—414, betwijfel ik zeer. GARSONNET III § 496 weet de bijzondere bestanddeelen van zoodanige schadevergoeding boven de eigenlijke kosten aan te geven.

Welke kosten komen hier in aanmerking?

In de veroordeeling in de kosten, welke het vonnis ten laste van de in het ongelijk gestelde partij uitspreekt, zijn alleen kosten van het proces begrepen, echter niet alle, en geene die daartoe niet behooren.

In het bijzonder behooren daartoe de salarissen en verschotten van den procureur. Het salaris van den advocaat, die mede in de zaak werkzaam was, wordt ook in rekening gebracht, doch de kosten die ten laste van de in het ongelijk gestelde partij komen, mogen daardoor niet overschrijden het bedrag dat verschuldigd zou zijn, indien alléén een procureur met de behandeling belast geweest ware. Art. 57 (1879 n°. 75).

Geene kosten welke niet tot de proceskosten behooren. Verg. de onderscheiding, die ik hierboven maakte, tusschen de rechten en boeten van zegel op onderhandsche akten en die wegens registratie van dergelijke stukken.

Salaris van procureur en advocaat. Volgens den Code de

procédure werd alleen het salaris van den procureur aan de in het ongelijk gestelde partij in rekening gebracht. De kosten van den advocaat hield iedere partij voor hare eigene rekening. Deze bepaling berust op de overweging, dat het ministerie van den procureur als verplicht voorgeschreven zijnde, de daaruit voortspruitende kosten tot de noodzakelijke kosten van het proces behooren en daarom vergoed moeten worden. De hulp van een advocaat behoefde men niet in te roepen, dewijl ieder door de wet bevoegd wordt verklaard zelf zijn zaak te bepleiten. Gaat men evenwel na, dat slechts zelden eene litigeerende partij in staat zal zijn hare eigene zaak te bepleiten, dat nagenoeg ieder een advocaat noodig heeft en deze kosten alzoo geen kosten van weelde kunnen genoemd worden, dat de wet zelve de noodzakelijkheid van de hulp eens advocaats onderstelt, dan moet men ook de kosten van den advocaat onder de noodzakelijke, en derhalve tot de door de in het ongelijk gestelde partij te vergoeden, kosten brengen. Zelfs bracht hier en daar de praktijk onder den Code mede, dat de kosten van den advocaat onder de te vergoeden kosten begrepen werden. Zoo werd dan ook, ofschoon niet zonder een levendigen strijd, in het Wetb. v. Burg. Rechtsv., art. 57, bepaald, dat in zaken, waarin de wet verrichtingen van advocaten en procureurs vereischt of toelaat, de salarissen en verschotten van beide in de uitspraak over de kosten begrepen zijn. Het gevolg was dat de in het ongelijk gestelde partij de betaling van vier praktizijns te haren laste kon krijgen. De druk van het beginsel om de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te veroordeelen werd, naarmate die kosten vermeerderden, grooter en de onjuistheid van dat beginsel werd gevoeld. (Zie ook het belgisch Ontwerp en het rapport van Alb. Allard in de toelichting op Livre I tit. IX chap. 1 sub IV p. 87). Al spoedig trachtte men langs een anderen weg tot eenige matiging te komen. Terwijl art. 21 B. R. den procureur de bevoegdheid verleende om, onder nadere bepaling, bij de rechtbanken te pleiten, kon in zoodanige gevallen de bijstand van een advocaat als niet noodzakelijk beschouwd worden en de daardoor veroorzaakte kosten alzoo tot de niet noodzakelijke, en derhalve niet door de verliezende partij te vergoeden, kosten. De vaststelling van het tarief bij de wet, in 1843, gaf gelegenheid hierin te voorzien. Het bepaalde in art. 41 in het algemeen, dat de rechter bij de vaststelling van het salaris der advocaten aan de tegenpartij in rekening te brengen, daaronder alleen zoodanig salaris begrijpt, als door hem geoordeeld wordt te behooren tot de noodzakelijk gemaakte kosten. In het bijzonder gaf art. 42 den rechter de

bevoegdheid om, indien in zaken waarin de arr. rechtbanken in het hoogste ressort uitspraak doen, de bijstand van een advocaat onnoodig geacht mocht worden, bij het vonnis te verklaren, dat geene kosten van den advocaat onder de veroordeeling in de kosten begrepen zijn. Verg. v. d. Honert B. R. ad § 22 en in: Het tarief van justitiekosten enz. 1844, Tweede stuk. Zeer afdoende was deze maatregel niet. De druk der kosten bleef en, terwijl men aan het beginsel om de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te veroordeelen bleef vasthouden, werd het eenige redmiddel tot vermindering met steeds klimmenden aandrang gezocht in de afschaffing van den dubbelen rechtsbijstand.

Nadat deze afschaffing door de wet van 1876 n°. 124 was toegepast in het cassatieproces, door de instructie van het proces zoowel als het pleiten uitsluitend aan de advocaten op te dragen, stelde de Minister van Lynden, in het door hem ingediende Ontwerp van 1877, de algeheele opheffing van het procuraat voor en werd het denkbeeld bij de wet van 1879 n°. 75, op voordracht van den Minister Smidt, op die wijze in toepassing gebracht, dat den procureur de bevoegdheid om te pleiten onbeperkt werd verleend, terwijl de advocaten bevoegdheid erlangden om zich als procureur te laten inschrijven. Daaruit moest volgen dat de gedingvoerende partijen de voor het voeren van het proces noodige hulp bij één praktizijn konden vinden en mitsdien zou ook slechts het salaris van één praktizijn voortaan ten laste der verliezende partij mogen worden gebracht op de wijze als dit hierboven, volgens de jongste lezing van art. 57 B. R., werd aangewezen. Daarmede zijn de art. 41 en 42 van het tarief vervallen. (Zie aangeh. wet, art. 5). In het belgische Ontwerp, hetwelk den dubbelen rechtsbijstand ophief door afschaffing van de procureurs, terwijl aan de partijen de bevoegdheid werd toegekend om zich te doen vertegenwoordigen door advocaten, indien zij niet in persoon wilden verschijnen, bleef men vasthouden aan het denkbeeld om de kosten van de advocaten niet door de verliezende partij te doen dragen. Men bleef er aan hechten dat de hulp van een advocaat niet gedwongen was en wilde de noodzakelijkheid voorkomen om het honorarium van den advocaat aan eene tarifeering te onderwerpen. Dit ware in strijd met alle traditiën der orde. De ontwerper verwierp het denkbeeld dat de vergoeding van kosten door de verliezende partij een gevolg zou zijn van art. 1382 C. C. (art. 1401 B. W.) en kende uitdrukkelijk aan den rechter de bevoegdheid toe om, onafhankelijk van de veroordeeling in de kosten op daartoe gedane vordering, op grond van art. 1382 C. C. tot schade-

vergoeding te veroordeelen. Zie aangeh. Ontwerp Livre I tit. IX. chap. 1. art. 4 en de toelichting in het Rapport van Prof. ALLARD pag. 87.

Bij de kantongerechten behoort geen salaris van advocaat noch procureur tot de kosten, die ten laste der verliezende partij komen. Zie ten aanzien van hetgeen vroeger voor de tegenovergestelde meening kon worden aangevoerd, OUDEMAN I. § 30.

Compensatie van kosten.

Indien partijen over en weder op eenige punten in het ongelijk gesteld worden, kunnen de kosten voor het geheel of ten deele gecompenseerd worden. Art. 56.

Compensatie van kosten heeft voor het geheel plaats wanneer de rechter haar zonder nadere bepaling uitspreekt. Die uitspraak beteekent dan, dat geen van beide partijen jegens de andere in kosten veroordeeld wordt, maar dat ieder haar eigen kosten betaalt. Deze compensatie heeft met de vergelijking van schulden alleen dit gemeen, dat zij eene afrekening van wederzijdsche pretentiën met gesloten beurzen ten gevolge heeft. In dit geval evenwel belet de uitgesproken compensatie, dat er een vordering van de eene partij jegens de andere ontstaat en het bedrag dat ieder te vorderen zou hebben, wordt ook niet geconstateerd.

Compensatie van kosten kende ook onze oud-hollandsche rechtspleging, G. GROTIUS, l. c. § 12. Ook de Code spreekt in art. 131 van „les dépens seront compensés", doch de fransche praktijk kent daarvoor ook de uitdrukking „sans dépens". Cf. art. 1 tit. XXXIII, Ord. 1667. De compensatie is in het geval van ongelijk van weerszijde zóózeer de toepassing van den regel, die de in het ongelijk gestelde partij in de kosten veroordeeld wil hebben, dat JOUSSE terecht kon zeggen dat art. 1 der Ordonnantie het niet in het verbod van compensatie begreep.

De kosten worden ten deele gecompenseerd, wanneer de rechter de eene partij jegens de andere tot vergoeding van een gedeelte, bijv. de helft, een vierde, der door haar gemaakte kosten veroordeelt.

Zoodanige geheele of gedeeltelijke compensatie zal bijv. kunnen plaats hebben, als de rechter aan den eischer een minder bedrag toewijst dan hij eischte. Zij zou ook kunnen plaats hebben in een

geschil over de schadevergoeding bij onteigening, indien de rechter noch de aangebodene noch ook de gepretendeerde schadevergoeding voldoende achtte, maar een tusschen aanbod en vraag gelegen bedrag toewees. Hier verbiedt hem evenwel art. 60 der onteigeningswet de compensatie. Dat art. bepaalt dat „wanneer de bij het vonnis bepaalde schadevergoeding meer bedraagt dan het gedane aanbod, de onteigenende partij, en, in de overige gevallen, de verweerder in de kosten wordt veroordeeld." Verg. over deze bepaling R. Bijbl XVI (1866) bl. 265 en de daar aangehaalde opstellen.

Kosten niet ten laste van in het ongelijk gestelde partij.

De in het ongelijk gestelde partij wordt niet altijd in de kosten veroordeeld. Want de compensatie is, onafhankelijk van de beslissing, toegelaten tusschen echtgenooten, bloedverwanten in de rechte linie, broeders en zusters of aangehuwde broeders en zusters. Art. 56.

De toelating van de compensatie, welke in deze gevallen, maar ook in andere, door de fransche praktijk werd toegepast, ofschoon de ordonnantie van 1667, art. 1, tit. XXXIII), ze uitsloot (zie Jousse op dat art. n^t. 5, 6 en 9), en die dan ook in den Code de Pr., art. 131, werd opgenomen, is geheel in overeenstemming met het beginsel, volgens 't welk de rechter de veroordeeling in de kosten eerst in geval van kennelijk onrechtvaardig procedeeren uitspreekt. Tusschen de hier bedoelde personen wil men geen uit hatelijkheid of met blijkbaar onrecht gevoerd proces onderstellen, dit althans niet door den rechter geconstateerd zien.

In ons recht is de compensatie in deze gevallen eene anomalie. De reden, die Boitard voor deze compensatie aanvoert, om nl. niet nog meer verbittering te doen ontstaan tusschen de hier bedoelde personen, I, p. 283, is zeker moeilijk te rechtvaardigen.

Overigens wordt er voor niemand die in het ongelijk gesteld wordt uitzondering gemaakt. Debacq, De l'action du ministère public, p. 100 en p. 147, beweert dat de standvastige jurisprudentie in Frankrijk medebrengt, dat het O. M., als het ambtshalve als partij optreedt, nimmer in de kosten veroordeeld wordt. Cf. Jousse, ad art. 1, tit. XXXIII der Ordonn. n^t. 1. Onze wet geeft voor deze uitzondering geen grond. Het spreekt overigens van zelf, dat, in het O. M., de Staat in de kosten wordt veroordeeld. In Frankrijk steunt

de jurisprudentie op de uitlegging welke daar gegeven wordt aan art. 121 en 122 van het Decreet van 18 Juni 1811 (waarover bij BREUKELMAN, Wetten en verordeningen van franschen en anderen oorsprong n°. 1314) GARSONNET III, § 452 n°. 1.

Veroordeeling van beheerders en praktizijns.

Niet altijd wordt alleen de in het ongelijkgestelde partij in de kosten veroordeeld, en zóó dat de kosten te haren laste blijven. Zij die als vertegenwoordigers van anderen in het proces optredende daarbij het beheer verwaarloozen, dat hun is toevertrouwd, en voorts de advocaten, procureurs en deurwaarders, die zich in hunne bedieningen te buiten gaan, kunnen persoonlijk in de kosten verwezen worden, zonder die op hunne principalen te kunnen verhalen. Zij kunnen bovendien, zoo daartoe gronden zijn, tot vergoeding van schaden en interessen worden veroordeeld. Art. 58.

De hier bedoelde personen worden ten gevolge van deze veroordeeling nog niet persoonlijk aansprakelijk jegens de tegenpartij voor de kosten die haar vergoed moeten worden. Jegens deze had wel de partij zelve in het geding moeten veroordeeld worden en deze laatste zal dan 1°. deze kosten weder op den vertegenwoordiger enz. kunnen verhalen en 2°. blijven deze laatsten belast met de kosten ten behoeve hunner clienten en vertegenwoordigden aangewend, die zij alzoo niet vergoed krijgen. De juistheid van deze mijne opvatting wordt betwijfeld door Mr v. ROSSEM op art. 58 n°. 1 bl. 104 in de noot. Ik zou meenen dat het niet van willekeur vrij te pleiten ware, indien de wetgever aan de tegenpartij die zich de verkeerde handelingen der vertegenwoordigers, procureurs of advocaten moest laten welgevallen en daartegen niets kon doen, in de personen van deze laatsten een schuldenaar, werd gegeven in de plaats van de partij zelve met welke zij procedeerde. In verband daarmede komt het mij voor dat de uitsluiting van verhaal op de principalen waarvan art. 58 spreekt, vooral die kosten betreft welke zij onmiddellijk ten behoeve van hunne principale of vertegenwoordigden gemaakt hebben. Deze laatsten in het ongelijk gesteld wordende werden jegens de tegenpartij veroordeeld in de kosten door deze gemaakt, en voor deze zijn hunne vertegenwoordigers enz. jegens hen aansprakelijk zoodat deze die kosten op deze wijze persoonlijk dragen. Zij mogen ze niet uit de penningen der vertegenwoordigden

beslissing daarover voorbehouden blijft, evenzoo die over de kosten. In het systeem der wet was eene bijvoeging als in het Ontwerp art. 2 tit. XI voorkomt, volgens welke de voorbereidende vonnissen ambtshalve of buiten tegenspraak van eene der partijen moeten gewezen zijn, wenschelijk.

Veroordeeling niet ambtshalve.

De rechter spreekt **geene veroordeeling** in de kosten uit, **wanneer daartoe niet** door de partijen is **geconcludeerd**. Eerst onder die voorwaarde wordt de veroordeeling een noodzakelijk bestanddeel van het vonnis.

De rechter doet derhalve niet ambtshalve uitspraak over de kosten. Daar is evenwel veel verschil van gevoelen over deze vraag, èn bij de fransche schrijvers over den Code èn bij ons. Zoo verdedigt CARRÉ, Q. 555, de uitspraak ambtshalve, doch hij wordt bestreden door CHAUVEAU t. z. p., die met BONCENNE II, p. 548, en BOITARD, ad art. 130 I, p. 524, eene vordering van partijen verlangt. Dit laatste gevoelen verdedigt GARSONNET III § 449 p. 171. Zie ook GLASSON. Sources p. 67. Bij ons wordt de ambtshalve uitspraak verdedigd door DE PINTO II, blz. 145, 146, het tegendeel door OUDEMAN I, bl. 84. Uitvoerig werd het vraagstuk behandeld door Prof. M. DES AMORIE VAN DER HOEVEN en Mr. A. DE VRIES, door den eersten voor de ambtshalve bevoegdheid des rechters, door den ander daartegen, in vier opstellen opgenomen, in den door die schrijvers uitgegeven bundel van „Rechtsgeleerde opstelllen", Amsterd. 1852, bl. 17—63.

Een beroep op de fransche praktijk onder de Ordonn. van 1667, kan hier niets afdoen, omdat in art. 1 van tit. XXXIII uitdrukkelijk bepaald wordt, dat de kosten gevorderd kunnen worden, al waren zij niet toegekend en dit krachtens de wet „en vertu de l'ordonnance". Geen wonder dat men daarin grond vond tot de, ofschoon alles behalve noodzakelijke, gevolgtrekking, dat zij toegekend konden worden al waren zij niet gevorderd. Hetzelfde artikel sloot ook de compensatie uit.

In ons oud-hollandsch recht leert VOET, ad tit. D. de edendo n°. 13, dat de rechter ambtshalve uitspraak kan doen, vooral op grond dat de kosten als eene poena calumniae te beschouwen zijn en dat het belang der openbare orde bij de bestraffing daarvan betrokken is. Doch DE PAPE, in zijne aant. op GROTII, Isagoge II, c. 7, § 16, nt. c, (Cf. I, cap. 9 § 12 nt. a.) is van gevoelen dat in beginsel de uitspraak ambtshalve is uitgesloten, omdat de rechter niet mag gaan

ultra petita; hij laat evenwel bij de niet-vordering de veroordeeling van 's rechters oordeel afhangen („ex nobili iudicis officio"), waarschijnlijk omdat de rechter toch alleen in de kosten veroordeelde bij manifesta causae iniquæ defensio, van waar compensatie in twijfelachtige zaken. DE PAPE beroept zich echter op den aard der veroordeeling in de kosten, als gevolg (sequela) van de uitspraak op de hoofdzaak. „Expensae" zegt hij, „sunt sequelae principalis actionis." Met DE PAPE, VROMANS, De foro comp. IV C. 2, § 1 en 2. HUBER ontkent de bevoegdheid des rechters uitdrukkelijk in Hedend. rechtsgeleerdheid V. 36 n⁰. 21.

Het ontwerp van 1820 sneed de vraag af door uitdrukkelijk te bepalen, dat geene veroordeeling kan plaats hebben in de kosten zonder daartoe gedanen eisch, art. 3477. Het ware onzen wetgever gemakkelijk geweest dit voorbeeld te volgen of althans naar aanleiding daarvan eene uitdrukkelijke bepaling in een of anderen zin te maken. Nu komt mij de ontkenning van 's rechters bevoegdheid als de eenig juiste beantwoording der vraag voor. Voorzeker, indien de wetgever aan den rechter de uitspraak ambtshalve had opgedragen, dan zou men zeggen kunnen dat hij de veroordeeling van de in het ongelijk gestelde partij in de eerste en voornaamste plaats als eene zaak van openbare orde had beschouwd. Nu hij dat niet deed, kan men 't belang van de openbare orde niet afleiden uit het karakter der oplegging van de kosten, als zoude dit zijn een s t r a f. Men speelt dan met het woord p o e n a calumniæ of p o e n a temere litigantium en zoude even goed de toepassing van een s t r a f beding bij eene overeenkomst gemaakt, van publieke orde kunnen noemen. Ja, al ware de veroordeeling in de kosten uit eenigen anderen hoofde als van openbare orde te beschouwen, al kon men zeggen: zij strekt tot voorkoming van onrechtmatige processen, en al stond daar niet tegenover dat zij ook het voeren van rechtmatige processen belemmert, dan nog zou ik, bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling in de wet, zeggen, dat de wetgever de handhaving der publieke orde hier genoegzaam verzekerd heeft geacht door de zorg, die de bijzondere personen voor hun eigen belang weten te hebben. Wie toch, die op de veroordeeling der tegenpartij in de kosten aanspraak kan en wil maken, zal de moeite niet nemen om ze te vorderen, daar hij toch zijn verlangen op de hoofdzaak aan den rechter voordraagt? En dan blijft het ook hier bij den regel, die de verhouding van den rechter tot de partijen in het burgerlijk geding beheerscht, „ne ultra petita". Indien de rechter ambtshalve over de

kosten uitspraak moest doen, dan zoude ook de uitspraak over de kosten noode kunnen gemist worden onder hetgeen volgens art. 59 tot den inhoud van het vonnis behoort. De duitsche wetgever legt den rechter de verplichting op om ook ambtshalve over de proceskosten te beslissen. Dit wordt in § 279 (thans 308) tweede lid bepaald, nadat in het eerste het „ne ultra petita" is geformuleerd.

De kosten met DE PAPE te noemen „sequelæ principalis actionis" en de vordering daarvan alzoo in de hoofdzaak begrepen te achten zou den eischer in een gunstiger toestand plaatsen dan den gedaagde, want deze laatste stelt geen actie in. Zeker is de veroordeeling in de kosten eene bijkomende veroordeeling, even als de vordering daarvan eene bijkomende vordering is, zoowel bij den eisch als bij de verdediging maar dit bewijst volstrekt niet dat die bijkomende veroordeeling zon-, der uitdrukkelijke vordering zal kunnen plaats hebben. Dat uit het gebruik van het woordje: zal in art. 56 geen afdoend argument voor 's rechters ambtshalve bevoegdheid kan afgeleid worden, werd afdoende aangetoond door Mr. DE VRIES t. a. p. 21. Verg. V. D. HOEVEN, bl. 36. Toch dacht de rechtbank te Alkmaar hier anders over bij vonnis 17 Februari 1895 W. 6684.

Wanneer art. 58 bij de uitspraak van het vonnis wordt toegepast. waarvan die bepaling de mogelijkheid volstrekt niet uitsluit, zal de rechter ambtshalve deze veroordeeling in de kosten uitspreken, om de eenvoudige reden dat er niemand was die in het proces deze veroordeeling vorderen kon. CARRÉ Q. 563, met wien zich ook CHAUVEAU hier vereenigt. Cf. Mr. A. DE VRIES t. a. p., bl. 43 v.

De vraag, of wanneer veroordeeling in de kosten niet bij dagvaarding gevorderd werd, dit nog in den loop van het proces zou kunnen geschieden bij eene incidenteele conclusie, werd bij de beraadslagingen over art. 134 B. R., door de Regeering toestemmend beantwoord, op grond van eene opvatting van het in dat artikel voorkomende woord: wijzigen, waaruit zou volgen dat deze conclusie als eene wijziging van den eisch toegelaten en niet als vermeerdering verboden zou zijn. De opvatting komt mij onjuist voor en niet afdoende voor den uitlegger der wet vermits die opvatting niet eens als toelichting der voorgestelde bepaling, maar als weerlegging van eene in de Kamer geuite tegenovergestelde opvatting werd medegedeeld. Zie hierboven bl. 93.

Inhoud der veroordeeling in de kosten.

De rechter spreekt de veroordeeling in de kosten tot een bepaald bedrag uit in zaken, waarin de wet de verrichtingen van

advocaten of procureurs vereischt of toelaat. Ook in andere gevallen doet hij dit, indien hij daartoe in staat is. Is dit niet het geval dan bepaalt hij zich tot die veroordeeling zonder het bedrag aan te geven en moet dit tusschen partijen in der minne vastgesteld of, op de wijze bij art. 612—614 B. R. bepaald, vereffend worden. Art. 56 j° 615.

Tot aan de invoering van de wet van 23 April 1879 n°. 75, tot wijziging der regeling van de kosten in burgerlijke zaken en van de bevoegdheid der procureurs tot het bepleiten dier zaken, gold als regel wat nu in de hierboven bedoelde andere gevallen geschiedt.

De bij art. 615 toepasselijk verklaarde bepaling van art. 612 schrijft aan den rechter voor het bedrag der kosten, waarin de partij wordt veroordeeld, te bepalen. Doch terwijl hij daartoe in den regel, althans in procedures voor de colleges gevoerd, buiten staat is zonder opgave der partijen, schreef art. 4 van het bij K. B. van 30 Nov. 1839 n°. 49 vastgestelde tarief voor, dat de rechter aan beide partijen kon gelasten om een staat van kosten bij de stukken te voegen. Die bepaling werd in het bij de wet in 1843 vastgestelde tarief niet opgenomen; de niet weinig kostbare vereffening volgens 612—614 werd daardoor, als partijen zich niet kunnen of mogen verstaan, regel. Dit wordt door de, bij de wet van 1879 n°. 75, aan art. 56 B. R. toegevoegde bepalingen, en door de daarmede verband houdende wijziging in art. 615 B. R., veranderd. De rechter moet in zaken, waarin de wet de verrichtingen van advocaten of procureurs vereischt of toelaat, het bedrag der kosten, waarin de verliezende partij jegens de tegenpartij wordt veroordeeld bij zijn vonnis bepalen. Het zijn alzoo de kosten die vóór de uitspraak gemaakt zijn en die niet door de verliezende partij zelve zijn gemaakt, gelijk art. 56 § 3 dit met zoovele woorden bepaalt. Anders vonnis Rechtbank Leeuwarden 10 Juni 1880 W. 4618, Amsterdam 21 Mei 1891 W. n°. 6059, waarbij beider partijen kosten worden begroot. De rechter wordt daartoe in staat gesteld door de rekeningen der kosten, welke door de procureurs (in cassatie door de advocaten), onmiddellijk na het voldingen of bepleiten der zaak of na het nemen der conclusie van het O. M., aan hem moeten worden overgelegd. De rechter toetst die rekeningen aan de bepalingen van het tarief en is bevoegd om kosten, die noodeloos werden aangewend of veroorzaakt, te laten voor rekening van de partij die ze aanwendde of veroor-

zaakte, alzoo bepaaldelijk ten laste van de winnende partij. Bij gebreke van overlegging der rekeningen geschiedt de bepaling van het bedrag uitsluitend volgens de begrooting des rechters. Verg. art. 6 tit. XI van het Ontwerp met de toelichting bl. 110 en het daar aangehaalde Ontwerp van 1855. Wordt door de regeling van art. 56 § 4 (1879) de procedure over de vereffening vermeden, het valt niet te ontkennen dat het bedrag der kosten, welke de verliezende partij zal hebben te betalen, op de eenzijdige voordracht van de winnende partij en ten slotte door den rechter zonder daarover partijen te hooren wordt vastgesteld. En toch zal de verliezende partij niet alles hebben te betalen wat de andere als kosten in rekening brengt en zal wat de rechter niet op de verliezende partij te verhalen geeft, ten laste van de winnende partij blijven. Verg. v. Rossem op art. 56 n°. 2 en n°. 7. Zie Dl I § 14 bl. 116 III.

De rechter taxeert om het bedrag te bepalen, alleen den staat van kosten, waaruit het bedrag der proceskosten, in welke eene der partijen wordt verwezen, moet worden opgemaakt. Hieruit volgt, wat niet uit het oog moet worden verloren, dat niet alle kosten welke door of ten behoeve van eene partij gemaakt zijn, in die kosten worden begrepen, in welke de tegenpartij wordt veroordeeld, doch daarom blijven de kosten welke niet op de tegenpartij worden verhaald, niet onvergolden. Men moet zich de zaak zoo voorstellen: de praktizijns doen hunne declaratiën aan hunne eigene clienten en deze zijn jegens hen voor de gemeriteerde salarissen en gedane uitschotten aansprakelijk. Hebben zij tegen het in rekening gebracht bedrag bezwaar, dan kunnen zij specifieke rekeningen verlangen en deze worden des noodig begroot op de wijze bij het tarief, artt. 31—40 en 52, aangewezen. De partij verhaalt de door haar te betalen kosten op de tegenpartij, voorzoover deze bij het veroordeelend vonnis met inachtneming van art. 56 en 57 B. R. ten laste van de in het ongelijk gestelde partij zijn gebracht, of op de wijze bij artt. 612—614 voorgeschreven. De veroordeeling wordt alzoo niet ten behoeve van de praktizijns maar van de partij zelve uitgesproken. Verg. v. Rossem op art. 56 n°. 7.

Dat de veroordeeling in de kosten alleen betreft de kosten aan de tegenpartij te vergoeden lijdt uitzondering in art. 58. De daar bedoelde personen, tot betaling der kosten uit eigen beurs veroordeeld wordende, zullen 1°. de kosten aan de tegenpartij te voldoen niet uit

de beurs van hunne vertegenwoordigden mogen nemen en de door hunne clienten aan de tegenpartij betaalde kosten aan dezen hebben te vergoeden en 2°. voor de kosten ten behoeve hunner clienten of vertegenwoordigden gemaakt geen verhaal hebben.

§ 75. HET ARMENRECHT. (*)

De instelling in het algemeen.

De kosten der rechtspraak zouden voor onvermogenden de handhaving hunner rechten onmogelijk kunnen maken, indien deze in het voldoen aan de verplichting tot de betaling dier kosten niet werden te gemoet gekomen of zelfs daarvan ontheven. De hier uit het geldelijk onvermogen ontstaande ongelijkheid voor de wet zooveel mogelijk uit den weg te ruimen, is het doel van de instelling die men het armenrecht, en waar het eigenlijke gedingen geldt, de kostelooze procedure, of de procedure pro Deo (van daar de wanluidende uitdrukking: prodeanen, voor zaken en personen) pleegt te noemen. Zij heeft de strekking om aan onvermogenden onder zekere bepalingen vrijstelling te verleenen van de betaling der op de processen drukkende belastingen en hun kosteloozen bijstand in rechte te verschaffen.

De instelling was in de vroegere rechtspleging van ons land vrij algemeen bekend. In Holland werden onvermogenden, die geen advocaat of procureur konden bekomen, door het Hof van een advocaat en procureur voorzien, die gehouden waren hen gratis te dienen. Maar de gratis procedure strekte zich ook uit tot ontheffing van belastingen en boeten, die voor het procedeeren betaald moesten worden; ook deze ontheffing werd door den rechter verleend. Verg. v. D. LINDEN Jud. pract. I, bl. 103. In de Algemeene manier van procedeeren van

---

(*) W. FRANKEN N. G. fil. de iure pauperum secundum Cod. de re jud. in causis civ. Lib. III. tit. 6 Sect, 10. L. B. 1845; DE PINTO, Armenregt in Themis VI (1845) bl. 209; MOLSTER, Ons armenrecht, in „de Gids" 1853. Mijn opstel over de nieuwe fransche wetgeving op den kosteloozen bijstand van onvermogenden, naar aanleiding van DORIGNY, De l'assistance judiciaire et des immunités spéciales accordées aux indigents. Commentaire de la loi du 22 Janvier 1851 et de celle du 10 Decembre 1850, in N. Bijdragen IV (1854) bl. 68. In België heeft het K. B. van 1824 gegolden tot dat eene wet van 30 Juli 1889 het onderwerp regelde. Daartoe heeft betrekking Code Formulaire du Pro Deo. Commentaire de la loi 30 Juillet 1889 sur l'assistance judiciaire et la procédure gratuites par VICTOR CAREZ et EUGÈNE DE MOOR Bruxelles 1889 aangekondigd in W. v. h. R. n°. 6081.

Met vrucht kan geraadpleegd worden het met veel zorg bewerkte proefschrift van Mr. G. BROUWER Izn. Leiden 1885.

1799 komen daaromtrent bepalingen voor in artt. 12 en 13 van Titel I en in het Wetb. van Kon. LODEWIJK in artt. 458, 544, en 545. De fransche wetgeving kende de instelling in dien omvang niet. Een arrêté van 13 frimaire IX schreef aan de procureurs voor de oprichting van bureaux, welke de onvermogenden kosteloos raad en bijstand verschaffen, en de behandeling der zaken van onvermogenden onder de procureurs verdeelen moeten. Deze konden dan geen voorschot verlangen, maar het voeren van het proces moest al licht om de moeilijkheid, uit de betaling der belastingen ontstaande, opgegeven worden. Het decreet van 14 December 1810 legde ook aan de advocaten de verplichting tot kosteloozen bijstand op, maar verplichting tot de betaling der belastingen bleef een struikelblok.

Bij besluiten van den Souvereinen vorst van 2 Febr. en 27 Juni 1814 (Stbl. 1821 n°. 27) werd de kostelooze procedure ingevoerd en nadat meer dan een latere Koninklijke besluiten in bijzondere punten hadden voorzien, werd het geheele onderwerp geregeld bij Kon. besl. van 26 Mei 1824, n°. 35. In het Wetb. van 1830 was de instelling niet opgenomen en de bepalingen van 1824 werden bij besluit van 8 Juni 1829, n°. 45, uitdrukkelijk gehandhaafd. Zij zijn voortdurend toegepast, ofschoon de rechtsgeldigheid van deze Kon. besluiten, die een onderwerp van burgerlijke rechtsvordering regelden, vrij betwisbaar was, totdat de regeling, die wij thans in het Wetb. v. B. R. III, tit. 6 afd. 10 aantreffen, daarin bij de herziening van 1837 werd opgenomen en met het Wetboek ingevoerd. Het besluit van 1824 is daarbij grootendeels gevolgd. In Frankrijk is de wetgever eerst in 1850 en 1851 tot eene nog vollediger regeling van dit onderwerp gekomen dan de onze is.

De plaatsing van het armenrecht als toelating om kosteloos te procedeeren, onder „eenige bijzondere rechtsplegingen" in tit. VI van het over „rechtspleging van onderscheiden aard" handelende IIIe boek, is niet gelukkig. In het Ontwerp van 1865 wordt het onder de bepalingen betreffende „den rechter en de rechtspleging in het algemeen" gebracht en daar in tit. XI, in onmiddellijk verband met tit. X, over proceskosten, behandeld. Dit verband meende ik ook vóór alles in het oog te moeten houden, om de plaats te bepalen, waar ik het onderwerp bespreken zoude.

Het armenrecht is eene noodzakelijke instelling. Hare regeling heeft

echter vele moeilijkheden. Terwijl het belang van den onvermogende op den voorgrond treedt, vergeet men licht dat de kostelooze procedure een middel kan worden om meer vermogenden met onrechtvaardige processen te kwellen en op kosten te jagen. De wetgever moet dit misbruik zooveel mogelijk verhoeden, en daartoe moet een summier onderzoek naar de rechtmatigheid van het te voeren proces ingesteld worden, waarbij de vraag te beslissen valt, aan wie het best dat onderzoek worde opgedragen.

Er moet gezorgd worden, dat het armenrecht niet dan aan onvermogenden verleend worde, èn om de straks vermelde reden èn omdat anders noch de vrijstelling van belastingen, noch de aan praktizijns en deurwaarders op te leggen verplichting om kosteloos diensten te bewijzen, gerechtvaardigd is. Eene niet gemakkelijke vraag, daarbij te beantwoorden, is: hoe dat onvermogen op behoorlijke wijze te constateeren? Wat onze wetgever omtrent een en ander bepaalt is niet zonder bedenking en hoezeer de fransche wetgever in 1851 onze wet met belangstelling raadpleegde, kwam hem onze regeling uit de aangewezen oogpunten niet bevredigend voor. Het groote bezwaar blijft altijd, dat hier alleen onvermogenden kunnen geholpen worden, dat minvermogenden van het armenrecht veelal verstoken zullen blijven. Dit bezwaar is niet geheel weg te nemen, maar het wordt grooter naarmate de proceskosten in het algemeen overmatig drukkend zijn.

Het W. v. B. R. bevat t. a. p. ook bepalingen betreffende handelingen van voluntaire jurisdictie; ik bepaal mij ook hier tot het eigenlijke proces.

Aan wie wordt het armenrecht verleend?

Aanspraak op toelating tot kosteloos procedeeren kan worden gemaakt door hen die, eischende of verwerende in rechte willende optreden, onvermogend zijn om proceskosten te dragen, en voorts door armen-inrichtingen, besturen van godshuizen en kerkbesturen der verschillende godsdienstige gezindheden binnen het rijk.

Arme vreemdelingen kunnen op armenrecht alleen aanspraak maken krachtens uitdrukkelijk beding bij tractaat gemaakt. Art. 855.

De wetgever kent het armenrecht aan allen toe die van hun onvermogen om proceskosten te dragen kunnen doen blijken,

doch dit volgt uit den aard der zaak. Ieder die aanspraak maakt op een recht of gunst, aan een bepaalden toestand, hoedanigheid of voorwaarde verbonden, moet doen blijken dat hij zich in dien toestand bevindt, m. a. w., dat hij aan de voorwaarden voldoet voor het verkrijgen van het recht gesteld. De opzettelijke bijvoeging in art. 855 § 1 zal wel daaraan te danken zijn, dat de wetgever in de volgende artikelen de wijze aangeeft, hoe van dat onvermogen moet blijken, wat door den wetgever bij uitsluiting als blijk van dat onvermogen gevorderd wordt. Beter zegt dan ook het Ontwerp: Zij die op na te melden wijze doen blijken van hun onvermogen".

Onvermogen om proceskosten te dragen. Daarin ligt voldoende dat het hier niet geldt een volstrekt onvermogen, zoodat de onvermogende tot de bedeelden zou moeten behooren, maar een betrekkelijk onvermogen, nl. om proceskosten te dragen, om die buitengewone uitgaaf te doen, welke een proces medebrengt. Het is dus een betrekkelijk onvermogen, maar daarom niet juist een onvermogen om de kosten te dragen van het te voeren proces, gelijk DE PINTO t. a. p. in Themis bl. 216, meent, met wien OUDEMAN III, bl. 255, en ook BROUWER t. a. p. bl. 62, zich vereenigt. Wat de kosten zullen zijn van een bepaald proces is nimmer vooruit te bepalen en kan allerminst blijken op de wijze door den wetgever voorgeschreven. Verkeerdelijk zou de wetgever dan ook gezegd hebben „DE proceskosten" maar hij had, als in het Ontwerp, kunnen zeggen: „de kosten van een rechtsgeding" waardoor, even als in onze wet, te kennen gegeven wordt onvermogen om te dragen wat in 't algemeen een proces te dragen kan geven.

Het recht wordt, door het ontbreken van nadere bijvoeging, toegekend aan Nederlanders, niet aan ingezetenen. Voor vreemdelingen, zonder onderscheid of zij hier woonplaats hebben of niet, wordt in art. 855 § 2 de in art. 9 A. B. bedoelde uitzondering op de gelijkheid met Nederlanders toegepast. En dit nog wel op eene bijzondere wijze; vreemdelingen worden nl. uitgesloten „tenzij bij uitdrukkelijke overeenkomst anders mocht zijn bedongen", waaronder kennelijk tractaten bedoeld zijn, waarbij het armenrecht aan vreemdelingen onzerzijds wordt toegestaan. Dit is overeenkomstig met art. 1 § 2 van het Kon. besl. van 1824 en toen waarschijnlijk vooral met het oog op art. 11 van den Code Civil

aldus bepaald. Dan had deze voorwaarde in de wetgeving van 1838 moeten vervallen. Er is evenwel nog eene andere reden voor een tractaat, deze nl., dat daarbij eerst kunnen worden vastgesteld de bewijzen waardoor voor den nederlandschen rechter van het onvermogen kan blijken. Maar dit behoeft ook alleen voorziening ten aanzien van hier te lande niet wonende vreemdelingen. Daarom beperkt het Ontwerp de noodzakelijkheid van een tractaat, en daarmede de uitzondering, terecht tot „vreemdelingen die hier te lande geen woonplaats hebben", art. 7 tit. XI. Bij een bij de wet van 31 December 1897 n°. 275, goedgekeurd verdrag van 14 November 1896 omtrent onderscheidene punten van internationaal privaatrecht tusschen bijna al de Staten van Europa gesloten, worden in art. 14 alle tot die Staten behoorende personen gelijkgesteld met die behoorende tot het land waar de toelating tot kostelooze procedure gevraagd wordt. Wat in art. 855 § 2 nog ondersteld wordt eene uitzondering te zijn, is daardoor regel geworden en de toelating zoogoed als algemeen gemaakt. In art. 15 wordt nader aangewezen door wie het certificaat van onvermogen wordt afgegeven en in art. 16 aan het gezag, hetwelk belast is met het afgeven van het certificaat, de bevoegdheid toegekend om omtrent den vroegeren toestand van den verzoeker bij de andere contracteerende Staten inlichtingen te vragen, terwijl het eindoordeel over dien vermogenstoestand aan dat gezag hetwelk de vergunning verleent blijft voorbehouden.

Het verschil tusschen de aanspraak van armen-inrichtingen met de verder in art. 874 genoemde rechtspersonen en die van natuurlijke personen bestaat hierin, dat de eerste als zoodanig hun aanspraak kunnen doen gelden, zonder dat zij van hun onvermogen behoeven te doen blijken. Andere rechtspersonen moeten even als natuurlijke personen van hun onvermogen doen blijken. Oudeman III, bl. 256. Het bijzonder voorrecht heeft geen grond. Zie Ontwerp, toel. op tit. XI, bl. 114. Bij de wet op het armbestuur van 1854 n°. 100 wordt in art. 76 bepaald dat voor hare werking (toepassing?) art. 874 toepasselijk is op de besturen der burgerlijke gemeenten, anders: „Gemeentebesturen."

Vreemde rechtspersonen zijn met natuurlijke personen gelijkgesteld, doch de uitdrukkelijke vermelding van armen-directiën of kerkbesturen in art. 855 § 2 geeft grond tot de meening, dat

andere vreemde rechtspersonen in het geheel niet toegelaten zouden kunnen worden. Juister komt mij evenwel de meening voor, dat van deze slechts uitdrukkelijk melding is gemaakt, om ze van het aan binnenlandsche armen-directiën enz. in art. 874 toegekende bijzonder voorrecht uit te sluiten. Beter werden zij in het geheel niet genoemd. Ontwerp art. 7 en de toelichting.

Het verdrag van November 1896 maakt geen onderscheid. Het laat tot het armenrecht in andere Staten zonder onderscheid toe „les ressortissants de chacun des Etats contractants." Maar daar het er uitdrukkelijk bijvoegt "comme les nationaux euxmêmes et en se conformant à la législation de l'Etat où l'assistance judiciaire gratuite est réclamée", zoo zou men kunnen meenen dat voortaan van armen-directiën of kerkbesturen tot een der contracteerende Staten behoorende evenmin bewijs van onvermogen zal kunnen worden gevorderd. De bepaling van het volgens een, ook in verband met de wet van 1897 n°. 275, aan art. 858 toetevoegen tweede lid leidt daarentegen tot het besluit dat buitenlandsche armen-directiën of kerkbesturen overeenkomstig die bepaling van hun onvermogen zullen moeten doen blijken.

De Rechtbank te Utrecht heeft bij eene beschikking van 3 Nov. 1880, m. i. terecht, het armenrecht geweigerd aan een ingezeten die krachtens art. 143 § 3 der Gemeentewet in rechte wilde optreden. De gronden voor hare beschikking worden nader ontwikkeld door Mr. VAN LYNDEN in W. 4625 en bestreden in het verzoek om cassatie dier beschikking door Mr. M. DE PINTO bij den H. Raad ingediend opgenomen in W. n°. 4619 en door Mr. VAN NOOTEN in W. n°. 4633. Het Hof van 's Hertogenbosch oordeelde als de Rechtbank te Utrecht bij arr. van 30 April 1852. Met deze beslissingen vereenigt zich Mr. OPPENHEIM, Gemeenterecht bl. 394.

De vergunning wordt aan de genoemde personen verleend als zij eischende of verwerende in rechte willen optreden en om dan kosteloos te procedeeren. De toelating strekt zich daarom niet uit tot de executie van het vonnis. Noch de woorden, noch de ratio van het artikel rechtvaardigen de toepassing ook op de executie. Zie N. Bijdr. XVI, (1866) bl. 274. In dezen zin besliste de Rechtbank te Groningen 12 December 1882 W. n°. 4867. De bestrijding van die uitspraak in W. n°. 4937 vind ik niet overtuigend. Bij het verwijt van letterknechterij, aan de beperkte opvatting van „procedeeren" telaste

gelegd, wordt over het hoofd gezien dat de wetgever zelf de beteekenis van dit woord verklaart door te zeggen dat de vergunning verleend wordt aan hen die eischende of verwerende in rechte willen optreden. Zie BROUWER t. a p. bl. 95 vonnis Rechtb. 's Bosch 18 Juli 1891 W. 6073.

Bij de herziening van 1896 werd evenwel aan art. 872 een tweede lid toegevoegd luidende: „Ook kan aan behoeftigen vergunning worden verleend tot het kosteloos tenuitvoerleggen van rechterlijke bebeschikkingen en executeeren van grossen". Hieruit volgt 1°. dat tot de kostelooze executie eene bijzondere vergunning noodig is en het executeeren dus niet in het procedeeren van art. 855 is begrepen; 2°. dat de vergunning zoowel tot het excecuteeren van grossen van notarieele akten als van grossen van vonnissen kan worden gegeven. Verg. art. 430 en 439. De opneming van de bepaling in art. 872 heeft de strekking om ook op dit verzoek de tegenpartij niet te hooren. HARTOGH en COSMAN op art. 872 bl. 272.

Door wien?

De toelating om kosteloos te procedeeren wordt verleend door den rechter die van het rechtsgeding moet kennis nemen Art. 855.

„Het oordeel over de toelating door den rechter over de hoofdzaak staat òf het onderzoek naar de gegrondheid van het verzoek in den weg òf dreigt op de beslissing der hoofdzaak een verkeerden invloed uit te oefenen." Dus schreef ik in de N. Bijdr. IV (1854), bl. 70. Bij de beoordeeling van het Ontwerp in 1866 kwam mij de vroeger gekoesterde vrees overdreven voor. Doch altijd blijft het bezwaar dat de rechter ten behoeve van een arm man over het geld van de schatkist en de diensten van anderen beschikt. Zou hier niet al te licht voet kunnen worden gegeven aan eene verkeerd geplaatste philantropie? De fransche wetgever heeft dan ook ons stelsel als onmogelijk verworpen. Ook de Hannoversche wetgever, Bürgerl. Prozess-Ordnung van 1850 en 1859, § 62, waarop de toelichting van het Ontwerp wijst, vond daarin bezwaar, doch § 175 van het duitsche Ontwerp van 1870 draagt de beschikking op het verzoek van toelating op aan het „Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig gemacht werden soll, oder anhängig ist" dus even als bij ons. Evenzoo naar § 109 thans 118 der Deutsche Civilprozessordnung.

In welken stand van 't geding?

De toelating kan, zoowel in den loop van het geding, als vóór dat de eischer dagvaardt of de verweerder zich op het geding inlaat gevraagd worden.

Het is zeker het meest gewoon geval, dat hij die onvermogend is om te procedeeren, zich niet in het proces begeeft, zonder vergunning tot kosteloos procedeeren verkregen te hebben. Intusschen is het voor den verweerder niet altijd mogelijk en zal hij althans, wil hij geen verstek laten gaan, wel beginnen moeten met procureur te stellen, voordat hij de vergunning heeft bekomen. Maar ook voor den eischer kan het bezwaar eerst later ontstaan, hetzij dat het proces een onverwachten omvang krijgt, hetzij hij intusschen onvermogend werd of dat de praktizijns aanvankelijk geen bezwaar hadden in het voorschieten der kosten. Art. 855 staat aan het later vragen der vergunning niet in den weg, al kunnen de woorden „bij wien het geschil hangende is" ook wel zóó geinterpreteerd worden, dat zij terugslaan op het verzoeken der vergunning door den verweerder. OUDEMAN III, bl. 258 (4e ed.) vereenigt zich met dit gevoelen. Zie echter ook Opm. en Meded. II, bl. 304—307.

Op welke wijze?

1. Om het armenrecht te bekomen wordt aan den rechter een verzoekschrift ingediend waarin de middelen van den in te stellen eisch of van de verdediging, door verhaal der feiten en summiere opgave der rechtsgronden, worden aangewezen.

Bij het verzoekschrift wordt overgelegd een certificaat van het onvermogen des verzoekers, afgegeven door den burgemeester zijner woonplaats, op het getuigenis hetzij van wijk- of buurtmeesteren, hetzij van ten minste twee bekende en geloofwaardige manspersonen.

Ten aanzien van vreemdelingen die hier te lande geen woonplaats hebben moet tot bewijs van onvermogen worden overgelegd een door een Nederlandsch diplomatiek of consulair ambtenaar gelegaliseerd bewijs afgegeven door, of eene eveneens gelegaliseerde verklaring afgelegd voor de bevoegde autoriteiten van het land, waar de vreemdeling zijne gewone verblijfplaats heeft, of bij gebreke van dien werkelijk verblijft. (Zie art. 858 § 2 volgens art. V van het straks genoemd ontwerp.)

2. De rechter gelast, bij een eenvoudig op het verzoekschrift geplaatst bevel, de oproeping van de tegenpartij binnen een bekwamen termijn, ten einde met den verzoeker voor hem te verschijnen om op het verzoek te worden gehoord.

Het verzoekschrift wordt met het bevel, van wege den verzoeker,

ten minste vier dagen vóór den dag der verschijning aan de tegenpartij kosteloos beteekend.

3. Indien de geroepene partij op den bepaalden tijd, voor twee daartoe door het college uit zijn midden aangewezen commissarissen, verschijnt zal zij het verzoek kunnen tegenspreken.

4. De rechter onderzoekt op het rapport van commissarissen, hetzij tegenspraak werd gedaan of niet, of genoegzaam van het onvermogen des verzoekers blijkt.

Hij staat in dat geval het verzoek toe, tenzij hij reeds bij voorraad mocht bevinden dat de voorgenomen vordering of verdediging klaarblijkelijk van allen grond is ontbloot. In het onvoldoend bewijs van onvermogen of 't klaarblijkelijk ongelijk van den verzoeker zal ook de tegenpartij grond voor zijne tegenspraak vinden.

5. Bij toewijzing van het verzoek kan de rechter den verzoeker een procureur of een advocaat en een procureur toewijzen, indien hij daarvan niet reeds is voorzien. Artt. 856—864.

Ad 1um. De voorgeschreven inhoud van het verzoekschrift is noodig om den rechter in staat te stellen het onderzoek naar de ongegrondheid der vordering in te stellen, vooral in het geval dat de geroepene partij niet verschijnt. Het duitsche Ontwerp, hetwelk in het geheel geene oproeping der tegenpartij beveelt, bepaalt in § 174: „In dem Gesuche ist das Streitverhältniss, erforderlichenfalls unter Angabe der Beweismittel soweit darzulegen, dass das Gericht zu prüfen vermag, ob eine muthwillige oder völlig aussichtslose Prozessführung beabsichtigt sei". De toepassing van dergelijk voorschrift schijnt evenwel niet zonder bezwaar. De Civilprozesordnung bepaalt in § 106 dat het armenrecht verleend wordt, „wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint". En opdat de rechter het bestaan van dit vereischte kunne beoordeelen bepaalt § 109 (114): „Im dem Gesuche ist das Streitverhältniss unter Angabe der Beweismittel darzulegen".

Voor het bewijs van onvermogen dient het certificaat, voor welks betrouwbaarheid meer waarborgen wenschelijk voorkomen. Daaraan

wordt slechts matig te gemoet gekomen door de bepaling in het Ontwerp, art. 9, dat het hoofd van het bestuur bij de verklaring zoodanige opmerkingen mag voegen als hij goedvindt en ofschoon in datzelfde artikel de overlegging van nog meer afdoende stukken bevolen wordt, laat het nog te wenschen over. De stukken komen mij nog onvoldoende voor en zij zijn noodzakelijk geacht omdat de rechter de zaak beoordeelen moet. Daarin zit m. i. de groote fout. Zie mijne aant. op het Ontwerp in N. Bijdr. XVI (1866) op art. 6 en 9 bl. 273 en 275. Dat de burgemeester den min of meer kostbaren aard van het voorgenomen geding zou moeten onderzoeken, zooals Oudeman, t. a. p. bl. 259, tegen Francken p. 33 beweert, kan ik om hetgeen ik hierboven van het betrekkelijk onvermogen opmerkte, niet toegeven. Het ware al te veel gevergd, bij den burgemeester als zoodanig de bekwaamheid om dit punt te beoordeelen te onderstellen. De praktijk zal dan ook wel de circulaire van den Minister van Binnenlandsche Zaken volgen, waarop Oudeman t. a. p. verwijst en die opgenomen werd bij Luttenberg C. V. 1844, bl. 197.

Van de overlegging van een bewijs van onvermogen worden in art. 874, arm-inrichtingen, besturen van gods- en gasthuizen, benevens de kerkbesturen der verschillende godsdienstige gezindheden binnen het rijk vrijgesteld. Meer dan een dezer rechtspersonen zouden niet op zoodanig certificaat aanspraak kunnen maken. Maar wordt dan de vergunning om kosteloos te procedeeren niet een ongerechtvaardigd privilegie? Bestaat er een rechtmatige grond waarop de wetgever aan advocaten, procureurs en deurwaarders de verplichting oplegt om aan genoemde rechtspersonen, ofschoon zij niet onvermogend zijn om proceskosten te dragen, kosteloos hun bijstand te verleenen?

Art. V van het Ontwerp bevat eene bijzondere bepaling omtrent de autoriteit die het bewijs van onvermogen afgeeft, voor den verzoeker die hier geen woonplaats dus noch hoofdverblijf noch werkelijk verblijf heeft. Overeenkomstig art. 15 van het traktaat, wordt dan het bewijs van onvermogen afgegeven door de autoriteit in den tekst aangewezen. Zoo is art. 858 door de toevoeging van een tweede lid met art. 15 van het verdrag in overeenstemming gebracht.

Wat den vorm van het verzoekschrift aangaat, bepaalt de wet alleen dat het door een procureur moet worden onderteekend, indien het verzoek aan een rechterlijk college gericht is, art. 856. De wetgever onderstelt daarbij duidelijk, en nog duidelijker in art. 873, dat ook verzoekschriften bij de colleges niet anders dan door een

procureur ingediend kunnen worden. Deze uitsluitende bevoegdheid berust evenwel noch in de fransche wetgeving, noch in de onze op eene uitdrukkelijke bepaling. De procureur wordt des noods (dus als de verzoeker zich nog niet tot zijn procureur heeft gewend of de daartoe aangezochten hunnen dienst mochten weigeren), door den President aangewezen. De onvermogende zal zich alzoo vóór de indiening van het verzoek bij den President kunnen aanmelden.

Bij de kantongerechten teekent de verzoeker het verzoekschrift alleen, of wordt dit namens hem onderteekend, art. 871 n⁰. 1.

Voorts is het verzoekschrift van het recht van zegel vrijgesteld. „De vergunning',, zegt art. 856, „wordt verzocht bij rekeste op ongezegeld papier geschreven". De wetgever handhaafde deze vrijstelling in art. 27 A n⁰. 71 *a* der zegelwet.

Ad 2um. De oproeping der tegenpartij kan eenigen waarborg geven tegen misbruik van het armenrecht. Doch de tegenspraak zal, tegenover het certificaat van onvermogen, bewijs van vermogen moeten leveren en, ten aanzien van de vordering of verdediging, het den rechter duidelijk moeten maken dat zij klaarblijkelijk van allen grond ontbloot is. Ook is zij niet de eenige wier belangen in het verzoek betrokken zijn.

De rechter beveelt de oproeping bij eenvoudig appointement op het request, zegt de wet, d. i. zonder eenige motieven daarbij te voegen en eenvoudig op het verzoekschrift zelf. Verg. BOEY, Woordentolk in v⁰. appointement. Hij bepaalt tevens een bekwamen tijd, zoodat ook de termijn van vier dagen, welke tusschen oproeping en verschijning verloopen moet (vrije dagen), kunne worden in achtgenomen.

Doch die termijn van vier dagen moet noodzakelijk als een gewone termijn worden beschouwd, waarbij alzoo, als de tegenpartij in het rechtsgebied van een ander gerechtshof of buiten 's lands woont, de bepalingen omtrent de termijnen voor de dagvaardingen bepaald moeten worden in achtgenomen. OUDEMAN t. a. p., bl. 262, overeenkomstig H. R. 4 Febr. 1841 W. 239 Opmerk. en Mededeel. VII. 152, 269.

De beteekening die, als gewoonlijk, onder overgifte van een afschrift plaats heeft, geschiedt kosteloos, art. 860, en daarom is die verrichting opgedragen aan een deurwaarder, woonachtig in het kanton binnen hetwelk de beteekening moet geschieden, of indien er geen is, aan een deurwaarder uit een nabij gelegen kanton, art. 866, dus aan den zoodanige die er 't minste moeite van heeft.

Bij de rechterlijke colleges worden bij het appointement twee commissarissen door het college uit zijn midden benoemd. Voor dezen heeft de verschijning der partijen plaats en het college beschikt dan op hun rapport op het verzoek. Alles heeft plaats in raadkamer, artt. 859, 864, 871 n°. 2.

Ook komt alleen bij de colleges de toevoeging van een procureur of van een advocaat en procureur te pas, ten einde den verzoeker op de verschijning bij te staan, tot welke toevoeging art. 859 aan den rechter de bevoegdheid geeft. Die aanwijzing van een procureur zal niet noodig zijn, als de President den procureur aanwees om het verzoekschrift te onderteekenen. Dat er een advocaat bijkomt hangt van den aard van het geding af. Het zal niet noodig zijn, indien reeds een advocaat zich vrijwillig met de zaak belast heeft of daartoe door het bureau van consultatie, is aangewezen, art. 17 j°. 13—16 van het Regl. n°. 3. Dan zal de aanwijzing van een advocaat voor het voeren van het geding volgens art. 864 ook niet noodig zijn. Doch de door den rechter toegevoegde advocaat en procureur om den verzoeker op de comparitie bij te staan (art. 859) zijn daardoor alleen niet tot den kosteloozen bijstand in het proces, volgens art. 864, gehouden. De wetgever onderstelt immers in art. 864 dat de verzoeker nog niet van een procureur of een procureur en advocaat voorzien is. Bij de uitbreiding aan de bevoegdheid der procureurs gegeven, zal de toevoeging nog bovendien van een advocaat meerendeels wel niet te pas komen.

Ad 3um et 4um. Bij dit onderzoek zal de rechter de aangevoerde feiten wel als waar moeten aannemen, ten ware zij in zich zelve geheel onaannemelijk mochten zijn.

Wanneer de wetgever in art 862 zegt, dat de rechter onderzoekt of genoegzaam van het onvermogen des verzoekers blijkt dan is het duidelijk dat hij daarbij, wanneer geen tegenspraak wordt gedaan, gebonden is aan het onderzoek of een behoorlijk certificaat is overgelegd, vermits dit het eenige is, wat de wetgever voor het bewijs van het onvermogen vordert. De tegenspraak van de tegenpartij, zal zeker ook in de aanwijzing van vermogen bij den verzoeker kunnen bestaan daar de wetgever anders aan het certificaat volstrekte bewijskracht had moeten toekennen en niet van de onderstelling had moeten uitgaan dat niettemin niet genoegzaam van het onvermogen des verzoekers zou kunnen blijken. De gronden

waarop de rechter het niet genoegzaam blijken van onvermogen kan aannemen zijn geheel aan zijn appreciatie overgelaten.

De tegenspraak ten aanzien van het onvermogen valt bij de in art. 872 vermelde rechtspersonen weg, dewijl zij als zoodanig en zonder bewijs van onvermogen tot het armenrecht worden toegelaten. Er is over dit punt overigens wel getwist: een overzicht van den strijd geeft OUDEMAN, III bl. 265 v. BROUWER t. a. p. bl. 71 vv.

Dat de onwaarheid der feiten uit afdoende bewijsstukken moet blijken (art. 862 oud) was wel wat veel gevergd. Beter het Ontwerp, art. 13 n°. 3, „dat de feitelijke grondslag klaarblijkelijk ontbreekt". De praktijk toonde de noodzakelijkheid dezer verbetering aan. Zie de toelichting op artt. 12 en 13, bl. 115. Verg. ook de opstellen van de heeren Mr. VERKOUTEREN en Mr. SIMONS in W. v. h. R. n°. 5432, 5434, 5440. Het onderscheid dat bij de letterlijke opvatting van art. 862 gemaakt moet worden tusschen het geval dat tegenspraak werd gedaan of niet en de nadeelige positie waarin de tegenpartij in geval van tegenspraak werd geplaatst, gaf aanleiding tot eene verbetering, welke in de hier in aanmerking komende bepaling in 1896 gebracht werd. Zonder onderscheid te maken of wel of niet tegenspraak werd gedaan, bepaalt de wet nu dat de rechter zal hebben te onderzoeken of genoegzaam van het onvermogen blijkt en of hier reeds bij voorraad (de oude wet zeide in art. 861 „bij voorbaat" in art. 862 „aanvankelijk") mocht blijken dat de vordering of verdediging van allen grond is ontbloot. HARTOGH en COSMAN bl. 268 vv.

Ad 5um. De door den rechter toegevoegde procureur werd alleen voor de verschijning toegevoegd. De verplichting om zich verder met de behandeling van het proces te belasten, vordert alzoo een nieuwe toevoeging. Ook kan het zijn dat de procureur of advocaat, die tot dusver de belangen van den onvermogende vrijwillig waarnam, zich verder daarvan verschoont. Zie ook ad 2um.

Bij de kantongerechten vervalt de toevoeging van praktizijns door den rechter, art. 871 n°. 3.

De beschikking op het verzoek en alle acten die daaraan vooraf zijn gegaan zijn vrij van zegel en worden gratis ge-

registreerd. Geene salarissen van deurwaarders, procureurs of advocaten kunnen daarvoor berekend, noch op den verzoeker noch op de tegenpartij verhaald worden, art. 867.

Werd dit alles niet kosteloos verricht, er was met de bepalingen over het armenrecht weinig of niet gewonnen.

Of uit deze bepaling volgt, dat ook de akte, waarbij de partijen volmacht mochten geven om haar op eene verschijning voor den kantonrechter te vertegenwoordigen, gratis moet worden geregistreerd, is m. i. niet boven bedenking. Onder „alle akten welke het vonnis van toelating zijn voorafgegaan" zouden niet zonder grond alleen die akten verstaan worden, welke moeten opgemaakt worden om tot het vonnis te komen. Toch zou de heffing van zegel- en registratierecht eene zoodanige zijn, die men bij uitnemendheid eene fiscale noemt.

Gevolgen der toelating.

De toelating om kosteloos te procedeeren heeft ten gevolge:

1°. dat de gerechtelijke akten van de zijde des verkrijgers op ongezegeld papier kunnen worden geschreven en in debet worden geregistreerd;

2°. dat aan hem, die de toelating verkreeg, geen salaris van praktizijns of deurwaarders, welke hem ten dienste stonden, kan worden in rekening gebracht, art. 868 B. R.

Door de bepaling sub n°. 1 vermeld wordt de kosteloos procedeerende ontheven van het bezwaar, dat de betaling der belasting op de procedure voor hem zou opleveren. De wet ontheft hem echter alleen van de belasting op de gerechtelijke akten verschuldigd. Tot die akten kunnen geene andere gebracht worden dan die van tot het proces behoorende verrichtingen worden opgemaakt.

Volgens art. 868 B. R. worden de stukken in debet voor zegel gevizeerd; de wet van 1843 stelt evenwel in art. 27 A. n°. 22 vrij van het zegel „de minuten en afschriften van alle akten en stukken, welke volgens de wet in debet worden geregistreerd." Die vrijstelling is derhalve volgens art. 868 op de hier genoemde gerechtelijke akten toepasselijk. De stukken kunnen evenwel ongezegeld alleen dienen in het kosteloos gevoerde proces, zegt hetzelfde

artikel. En ofschoon hier van stukken, die in het proces worden overgelegd, wordt gesproken en men zou kunnen meenen, dat daarmede in het proces overgelegde bewijsstukken worden bedoeld, kan de wetgever hier toch op geene andere stukken het oog hebben, dan die ten gevolge van de toelating tot de kostelooze procedure in debet worden geregistreerd. Dit nu is, naar art. 868, alleen op de gerechtelijke akten toepasselijk. De schatkist beweert dus terecht dat op de tot bewijs strekkende akten, welke bij de opmaking daarvan op zegel hadden moeten geschreven worden, het zegelrecht en de boete ook in dit geval verschuldigd zijn. Zie ook art. 30 der zegelwet. Dus de Hooge Raad o. a. bij arr. van 3 Mei 1850, v. D. HONERT, Zegel enz. III, bl. 191. Verg. Opmerkingen en Mededeelingen VI, bl. 71 en 228.

De registratie geschiedt in debet. De kosteloos procedeerende kan alzoo de registratie bekomen zonder te betalen, doch het verhaal van de belasting blijft voorbehouden; zij wordt op rekening gesteld. Ook deze bepaling is evenwel alleen op gerechtelijke akten, niet op andere van toepassing. De hieruit ontstaande bezwaren tracht de fransche wetgever op te heffen in art. 14 der wet van 1850. Zie N. Bijdragen t. a. p., bl. 77.

Art. 868 spreekt ook van indebetstelling der griffierechten en judicieele boeten. De eersten werden afgeschaft bij de wet van 1856 n°. 165, de laatste bij de wet van 7 April 1869 n°. 55. In de officieele uitgaaf van het wetboek van Burgerl. Rechtsv. Stbl. 1896 n°. 156 vindt men gelijke opmerking in eene noot op de artt. 868 en 869. Omtrent het in debet viseeren voor zegel (zie voorg. blz. a. h. e.) wordt niets opgemerkt. Dat onder judicieele boeten geene bij de zegelwet bedreigde boeten kunnen worden begrepen, is terecht meermalen beslist. Zie het zooeven aangehaalde arrest van den H. Raad.

Met de griffierechten konden in art. 868 niet anders bedoeld worden dan de toen volgens de fr. wetten van 21 ventôse en 22 prairial VII en Decreet van 12 Juli 1808, onder dien naam verschuldigde belasting, waarin aan de griffiers een aandeel was toegekend, maar die bij de ontvangers der registratie moesten worden betaald.

De belooningen, waarop de griffiers naar het tarief kunnen aanspraak maken, worden van de griffierechten met name onderscheiden in art. 22 van het tarief. Van deze belooningen is vrijstelling verleend in art. 21 en 28 van het Tarief behoudens de bepaling van art 869.

Van de betaling der salarissen, door de praktizijns en den deurwaarder verdiend, wordt de gratis geadmitteerde geheel ontheven. Maar hunne verschotten? De gewone onkosten van schrijfloon en papier, welke onder het salaris der procureurs gerekend worden, art. 44 *e*, *f*, zullen deze te betalen hebben, maar als getuigen of deskundigen moeten worden gehoord of eene gerechtelijke plaatsopneming noodig is? Als de partij in de betaling daarvan niet door hare praktizijns geholpen wordt, zal het voortprocedeeren voor haar nog bezwarend genoeg kunnen zijn. Want van al deze onkosten wordt geen ontheffing verleend. De fransche wetgever streefde in de wet van 1850 op dit punt den onzen voorbij, door in art. 14. het voorschot van deze kosten ten laste van den Staat te brengen. De Ontwerper achtte 't niet noodig daarin te voorzien evenmin als de wetgever van 1838. Zie v. D. HONERT op § 875 a. h. e. Verg. N. Bijdragen XVI (1866) bl. 72, op art. 19.

Verhaal als de wederpartij in de kosten veroordeeld wordt.

De diensten van de griffiers, de praktizijns en deurwaarders ten behoeve van den kosteloos procedeerende verricht, blijven evenwel niet altijd onvergolden, noch de in-debet gestelde registratierechten onverhaald.

Indien nl. de wederpartij van hem die de toelating verkreeg in het ongelijk gesteld en dientengevolge in de kosten veroordeeld wordt, kunnen de salarissen en de registratierechten worden verhaald alsof er niet kosteloos geprocedeerd ware. Art. 869. artt. 21, 28 Tarief.

De H. Raad heeft bij arr. van 16 Maart 1842 (N. Rechtspraak XII, bl. 72) aan de schatkist de bevoegdheid toegekend, om, krachtens het tusschen andere partijen gewezen vonnis, waarbij de eene procedeerende partij jegens de andere in de kosten veroordeeld wordt, de in-debet gestelde registratierechten onmiddellijk op de veroordeelde partij te verhalen. Art. 869 rechtvaardigt die uitspraak m. i. volstrekt niet. (Zie N. Bijdragen XVI, bl. 279), doch de juris-

prudentie schijnt zich in den zin van het arrest van den H. R. gevestigd te hebben. Pasicrisie v°. Kostelooze procedure, n[is]. 86—98. Het heeft iets van de bij ons niet overgenomen distraction des dépens bij art. 134 C. de pr. aan de procureurs toegekend. Opmerking verdient, dat het Bestuur der registratie, hetwelk zich, volgens het arrest van den H. Raad, te gedragen heeft naar verplichtingen bij de wet opgelegd omtrent de waardeering van kosten en naar de voorschriften omtrent de vereischten tot executie van condemnatiën, ook hier bij dwangschrift procedeert. Zie VROOM, De wetg. op de registratie III, bl. 247; doch omtrent dit punt bestaat nog weifeling in de jurisprudentie: Zie N.-Holland 27 Februari 1862 (W. v. h. R. n°. 2384) H. Raad. 20 April 1866 (v. D. HONERT, Zegel enz. V, bl. 257).

Evenmin kan die directe vordering aan de praktizijns worden toegekend. De slotwoorden van het artikel wijzen er op, dat er evenzoo gehandeld moet worden als ware niet kosteloos geprocedeerd. De gratis geadmitteerde vordert dus van de tegenpartij terug wat hij zou moeten betalen als hij niet kosteloos geprocedeerd had en wat onder de kosten, waarin de tegenpartij veroordeeld wordt, begrepen is. Voor de praktizijns maakt dit geen moeilijkheid, maar als deze in der minne betaald worden, heeft de schatkist weinig zekerheid voor de registratierechteu, indien zij afwachten moet dat de gratis geadmitteerde die opvordert. Men zie de fransche wet over dit punt, N. Bijdr, XVl, bl. 78.

Ten onrechte zou men uit art. 869 afleiden dat kosten en salaris voor handelingen ten behoeve van den kosteloos procedeerende verricht op hem zouden kunnen worden verhaald. Art. 869 geeft verhaal op de tegenpartij, niettegenstaande ze aan de partij zelve niet in rekening mogen worden gebracht, en art. 868 stelt den kosteloos procedeerende vrij. Zie concl. van Adv.-Gen. POLIS in W. v. h. R. n°. 4044, die zich evenwel ten onrechte op de jurisprudentie van den H. Raad beroept.

Verhaal van kosten waarin de gratis procedeerende wordt veroordeeld.

De toelating om kosteloos te procedeeren bevrijdt den toegelatene niet van de betaling der kosten waarin hij, bij verlies van het proces, jegens de tegenpartij mocht worden veroordeeld. Aan de tegenpartij staat het in dit geval vrij om de kosten, van hare zijde gevallen, zoo mogelijk, op hem te verhalen. Art. 870.

De uitdrukkelijke bijvoeging in art. 870 van het „zoo mogelijk”,

overigens vrij overbodig, toont wel dat de wetgever niet veel verwacht van deze vrijheid aan de zegevierende tegenpartij toegekend. De bepalingen van artt. 869 en 870 zijn eveneens toepasselijk, als beide partijen toelating tot kostelooze procedure hadden verkregen. Voor dat geval zal men echter ook wel in art. 869 „zoo mogelijk" mogen lezen. Verg. BROUWER t. a. p. bl. 94 en de daar aangehaalde.

Aanm. I. Dat, volgens de constante jurisprudentie van den H. Raad, art. 875 medebrengt dat niet alleen hooger beroep, maar ook cassatie van beschikkingen omtrent het armenrecht is uitgesloten merkte ik Dl. I bl. 406 op.

Aanm. II. Onze wet bevat geene bepaling over intrekking van het eens verleende armenrecht. Men zie daaromtrent de fransche wet van 1850, artt. 21 en vv. en § 112, thans 121, van de duitsche Civilprozesordnung. § 113, thans 122, doet het verleende armenrecht ook te niet gaan met den dood van dengene aan wien het verleend werd.

§ 76. GEVOLGEN VAN HET VONNIS.

Met de uitspraak van het vonnis op de openbare terechtzitting is de taak des rechters afgeloopen; eens beslist is de zaak aan de macht des rechters onttrokken.

Wij kunnen ook thans nog zeggen met den romeinschen jurist in l. 55 D. de re jud. 42,1,: Iudex, posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit, et hoc iure utimur ut iudex qui semel pluris vel minoris condemnavit amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est. ULPIANUS. De Franschen drukken het kort en zakelijk uit: „Le jugement dessaisit le juge," gelijk hij door de dagvaarding gezegd wordt „être saisi de la cause." Wij hebben daarvan de toepassing gezien bij de voorloopige ten uitvoerlegging, welke door den rechter niet bij een nader vonnis kan worden bevolen. De uitdrukkelijke bepaling voorkomt, dat men niet meene dat eene dergelijke bijkomende beschikking, welke de zaak zelve niet raakt, als herstel van een verzuim zou kunnen worden toegelaten, zooals men wel schijnt te mogen aannemen als bijv. de rechter vergat een rechter-commissaris te benoemen, cf. art. 3418 O. 1820. Wanneer de wetgever daar dan in art 54

bijvoegt, dat der partijen het recht verblijft om in hooger beroep de aanvulling van het in eersten aanleg gewezen vonnis met een bevel tot voorl. ten uitvoerlegging te vorderen, dan wijst hij met een de reden van zijn verbod aan, dat het nl. een uitvloeisel is van de wettelijke bepalingen die de middelen aanwijzen waardoor eens gewezen vonnissen kunnen worden vernietigd, waaruit moet volgen dat dit langs een anderen weg niet geschieden kan. Staat het alzoo vast dat de rechter in zijn eens gewezen vonnis geen verandering kan maken (zie nog ter bevestiging de uitdrukkelijke bepaling van art. 780), dan is het nauwelijks te begrijpen, hoe zich in Frankrijk eene jurisprudentie heeft kunnen vestigen, waarbij de rechter zich voorbehoudt om onder zekere omstandigheden op zijne beslissing terug te komen, als: den schuldenaar te veroordeelen doch hem te veroorlooven zich weder tot den rechter te wenden wanneer hij kwijtingen zal hebben teruggevonden welke hij beweert verloren te hebben; den eischer af te wijzen onder bevoegdheid dat hij later met tijdelijk verloren stukken tot bewijs zijner vordering kan terugkomen; beide gevallen die ten hoogste bij ons tot uitstel naar art. 143, grond zouden geven, buiten het in het bijzonder in art. 545 B. W., a. h. e. voorzien geval. Zie over deze door hem veroordeelde jurisprudentie GARSONNET III § 461 n^{t}. 10 en 11.

De Rechtbank te Haarlem was dan ook terecht van oordeel dat geen vordering zou kunnen worden ingesteld tot aanvulling, verbetering of wijziging van de vroeger tusschen partijen gewezen vonnissen, maar dat toegelaten kan worden eene vordering die strekt om de uitvoering te verzekeren van de door die vonnissen uitgesproken veroordeeling. Op eene vordering tot handhaving in het bezit was gedaagde veroordeeld om de gepleegde stoornis op te heffen en het perceel, waarover geschil, te herstellen in den vorigen toestand. De gedaagde voldeed niet aan het vonnis en de eischer vorderde nu alsnog te worden gemachtigd op kosten van gedaagde te doen of te laten verrichten datgene waartoe hij veroordeeld was. Dat de vordering kon worden toegelaten is ook m. i. juist, maar ik ga niet mede met het motief: „dat door die vonnissen tusschen de partijen is in het leven geroepen eene verbintenis ex lege, tot welker nakoming de gedaagde als schuldenaar ingevolge de wet gehouden was." Heeft het vonnis die verbintenis van gedaagde in het leven geroepen? Of heeft niet het vonnis met de erkenning van 's eischers bezit den gedaagde in gevolge de wet aan den eischer wegens de

gepleegde stoornis verbonden verklaard, dus ook het bestaan van die verbintenis erkend? Zie bl. 301 v. Nu had de eischer zeker beter gedaan om de gebruikelijke praktijk te volgen en onmiddellijk de machtiging te vragen, waarmede hij nu achteraan komt; ook had hij nog overeenkomstig art. 134 zijn eisch kunnen wijzigen, maar het niet dadelijk of in eens vorderen van alles wat men vorderen mag, doet, zonder bepaling van het tegendeel, het recht op het niet gevorderde niet verliezen. Zie het hier besproken vonnis van 2 Febr. 1886 in W. n°. 5330.

Kracht van het vonnis.

De kracht van het vonnis des rechters is daarin gelegen dat zijne beslissing bindend gezag heeft voor, en dat wat hij besliste recht is tusschen de partijen die het vonnis van den rechter verlangden (tusschen welke het alzoo gewezen is), met opzicht tot het recht of de rechtsbetrekking waarover het geschil tusschen hen bestond.

Deze kracht van het vonnis vloeit voort uit het doel, waarmede het gevraagd wordt en uit den aard van de taak aan den rechter opgedragen. Immers wordt het bestaan van een geschil ondersteld, hetwelk, dewijl niemand rechter kan zijn in zijn eigene zaak, niet dan door een onpartijdigen derden persoon kan worden beslist. Het geschil loopt over een recht of rechtsbetrekking, waarvan het bestaan uit de toepassing van den algemeenen rechtsregel (de wet) op bepaalde feiten zou voortvloeien. Wat recht is in het bepaalde geval waarover partijen twisten, wat derhalve tusschen haar recht is, daarvan wordt aan den rechter als onpartijdig derde de beslissing gevraagd. De uitspraak, het vonnis des rechters is bestemd dit uit te maken.

Gelijk ik reeds in de gelegenheid was op te merken bij de gevolgen der dagvaarding, zal het vonnis meerendeels, vooral op vermogensrechtelijk gebied, eene terugwerkende kracht hebben tot op den dag der dagvaarding, omdat de eischer op dien dag erkenning van zijn recht met veroordeeling van den gedaagde zal hebben gevraagd en de rechter den eisch gegrond bevindende in den regel niet anders kan zeggen dan dat hij gegrond was toen hij werd ingesteld, alzoo op het oogenblik der dagvaarding. Anders zal dit zijn, als de eisch gedurende het proces eerst gegrond werd, welke omstandigheid wel wijziging in de gevolgen van den eisch kan teweeg brengen doch niet tot zijne afwijzing behoeft te leiden. De terugwerkende kracht valt weg, als de

rechter geroepen wordt door zijn vonnis een nieuwen rechtstoestand te scheppen, zooals bij een vonnis tot echtscheiding en tot scheiding van tafel en bed. Nu moge al bij de beslissing des rechters blijken dat de eischer reeds bij het instellen van den eisch aanspraak op dien nieuwen toestand had, de toestand zelve is van de uitspraak des rechters afhankelijk. Hij spreekt de echtscheiding enz. uit en vóór dien tijd bestaat de gescheiden toestand niet. Bij echtscheiding blijft zelfs het vonnis buiten invloed op den burgerlijken staat der echtgenooten zoolang de bij art. 276 B. W. bevolen inschrijving van het vonnis niet heeft plaats gehad, volgens H. Raad 25 Juni 1895 W. 6695. De wetgever zou zelf en uitdrukkelijk aan het vonnis terugwerkende kracht in dergelijke gevallen moeten toekennen zooals hij dit bij scheiding van goederen doet, art. 244 § 2. Daar is dit noodig geacht tot meerdere zekerheid van de vrouw, welke op grond van slecht beheer van den man de scheiding vraagt en nu ook reeds gedurende het proces, waaraan dan ook op bijzondere wijze openbaarheid gegeven wordt, tegen dat slecht beheer zooveel mogelijk, en krachtiger dan de behoedmiddelen krachtens art. 245 B. W. bij art. 808 B. R. toegestaan 't kunnen doen (*) moet worden beveiligd. Bij de echtscheiding daarentegen, waar het slecht beheer geen grondslag van den eisch uitmaakt, blijft het bij de niet-terugwerkende kracht van het vonnis en, ofschoon ook nu behoedmiddelen kunnen worden te werk gesteld, de handelingen van den man betreffende het beheer der goederen van de vrouw zijn niet van rechtswege nietig van af de dagvaarding, als de eisch wordt toegewezen, maar zij zijn eerst nietig wanneer bewezen wordt dat de rechten der vrouw door den man opzettelijk werden verkort (art. 270 B. W.). Wanneer alzoo de vrouw een eisch tot echtscheiding wil instellen en de zekerheid verlangt, welke een eisch tot scheiding van goederen tegenover de handelingen van den man haar kan verschaffen, dan zal zij, natuurlijk indien de feiten, welke een eisch tot scheiding van goederen kunnen wettigen, bestaan, een eisch tot scheiding van goederen naast die tot echtscheiding kunnen instellen. De samenloop van beide rechtsvorderingen belet niet de instelling van beide omdat het praktisch gevolg van de eene, om straks aangevoerde redenen, niet in de andere opgaat.

(*) Deze behoedmiddelen werden belangrijk uitgebreid bij de herziening van 1896 door de aan de vrouw toegekende bevoegdheid om conservatoir beslag te leggen op de roerende goederen van de gemeenschap of van de vrouw, en conservatoir beslag op de onroerende goederen der gemeenschap overeenkomstig de bepalingen van art. 808 A. J.

Bij de voormalige arr.-rechtbank te Leiden althans werd dit ook aldus gepraktiseerd. Zie ook GARSONNET III § 460 a. h. e. en de aangehaalde schrijvers in noot 10. — Bij nietigverklaring van een huwelijk is het niet anders. Daar kan geen sprake zijn van het doen aanvangen van de gevolgen der nietigheid noch met de dagvaarding noch met het vonnis, omdat een bestaande toestand opgeheven wordende deze of wel zijne gevolgen, van het oogenblik van het ontstaan van dien toestand af, zouden moeten vervallen. Doch, voor zoover als de wet bij uitzondering die gevolgen handhaaft (art. 150 en 151 B. W.), houden zij op niet met de dagvaarding, die hier ook niet van invloed is op de goede trouw, maar met den dag waarop het huwelijk bij vonnis werd nietigverklaard (art. 152 B. W). — Verg. art. 1727 met 1726 B. W. bepaaldelijk wat betreft de gevolgen in art. 1727, zij het dan voorwaardelijk, aan den eisch verbonden. — Zoo verklaart de wet uitdrukkelijk in art. 500 B. W. dat de nieuwe toestand, dien de rechter schept door het uitspreken der curateele, en dus die toestand van curateele, aanvangt te werken met den dag dat het vonnis zal zijn uitgesproken. De eischer verlangt hier geen erkenning van een recht maar het constateeren van feiten die den verlangden toestand wettigen en dit wordt eerst geconstateerd bij het vonnis dat den toestand op grond van de bevinding des rechters uitspreekt, dien alzoo schept. — Wanneer de wetgever in art. 769 (oud) K. den dag van het faillissement doet aanvangen met den dag der aangifte, dien van de inlevering van het verzoekschrift of dien van het requisitoir, dan verklaart zich deze schijnbare afwijking uit een toegeven aan het stelsel der fransche wet, wat men verwierp, doch waarvan men de juistheid ten hoogste in de aangegeven mate erkennen kon en dan toch, in tegenstelling van de fransche wet, meende te kunnen zeggen dat het vonnis den toestand van faillissement niet blootelijk constateert maar rechtens schept. En daaruit verklaart zich ook voor een deel het tweede lid van dat art 769 hetwelk dien dag der aangifte enz. als den dag van den aanvang der faillietverklaring in het vonnis vermeld wil hebben. Juister en alleen consequent is de bepaling van art. 23 der faillissementswet, volgens welke de gefailleerde het beheer over zijn vermogen verliest met den dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken. Verg. MOLENGRAAFF de faillissementswet bl. 148 v.

Wat het afwijzend vonnis betreft, het behoeft nauwelijks opmerking dat de gevolgen aan de dagvaarding (het instellen van den eisch) verbonden voor het geval van veroordeeling, dan geen plaats

hebben. Zie de slotwoorden van art. 588 § 2 B. W.: „indien het geding ten zijnen nadeele beslist wordt" art. 2018 B. W.: „Verjaring is niet gestuit.... indien dezelve (de eisch) wordt ontzegd".

Wat hierboven in den tekst wordt gezegd kan ook met de bewoordingen van art. 3427 O. 1820 worden teruggegeven: „De kracht van gewijsde zaak, buiten de executie, bestaat daarin dat hetgeen bij het vonnis beslist is, voor waarheid en recht wordt gehouden" [waarheid en recht is].

Wij hebben alzoo een formeel en een materieel gevolg van het vonnis te bespreken.

Gevolgen: I. uitvoerbaarheid.

I. Een eerste gevolg daarvan is, dat de partijen gehouden zijn de uitspraak des rechters te eerbiedigen door daaraan te voldoen. Dit gevolg openbaart zich op het gebied van het formeele recht daarin, dat het veroordeelend vonnis door dwangmiddelen tegen de daarbij veroordeelde partij tenuitvoergelegd kan worden.

Dit is een onmiddellijk en noodzakelijk gevolg van de kracht, welke uit zijn aard aan het rechterlijk vonnis moet worden toegekend. De beslissing beteekent niets, de invloed daarvan op het geschil is van geene waarde, als niet partijen gehoorzaamheid aan het vonnis verschuldigd zijn en zij niet tot voldoening aan de daarbij uitgesproken veroordeeling kunnen worden gedwongen. De mogelijkheid van den dwang is verzekerd door het karakter van het rechterambt; de rechter, als orgaan van het staatsgezag, moet over de middelen tot uitvoering zijner uitspraken kunnen beschikken of deze moeten aan de bijzondere personen, ter uitvoering zijner uitspraken, ten dienste staan. Behalve de tenuitvoerlegging der vonnissen, door des noods te doen verrichten of te doen afgeven of ontruimen wat daarbij aan de veroordeelde partij te verrichten, af te geven of te ontruimen werd opgelegd en waartoe de sterke arm kan worden ingeroepen, welke tenuitvoerlegging niet in bijzonderheden geregeld wordt, geeft onze wetgever in het IIe boek van het W. v. B. R., de middelen aan de hand, welke tegen de goederen en den persoon des veroordeelde kunnen worden aangewend, om direct of indirect het gevolg der veroordeeling te verzekeren aan dengene die het vonnis verkreeg.

Hij die het veroordeelend vonnis verkreeg is, zonder onmiddellijk

de tusschenkomst van den rechter in te roepen, — indien althans geene liquidatie tot vaststelling van een bepaald geldelijk bedrag der veroordeeling noodig is, zie B. II, tit. VI en VII, ook art. 441 en 499 B. R. en daarover Rechtsg. Bijblad X (1860) bl. 632 vv., — gerechtigd om langs den daartoe voorgeschreven weg van rechte zich door dwangmiddelen het voorwerp der veroordeeling te verschaffen. Ten uitvoerlegging door uitwinning van roerende goederen kan geheel buiten den rechter omgaan; bij ten uitvoerlegging door uitwinning van onroerende goederen heeft de verkoop en toewijzing op de terechtzitting plaats. In deze regeling komt het ten duidelijkste uit, dat door de verkregen veroordeeling — afgezien van aanspraken op kosten en andere die uit het vonnis alleen kunnen voortvloeien — het recht dat de eischer deed gelden, niet is opgeheven en door een ander vervangen, maar slechts versterkt. Het is aan zijne verwerkelijking een schrede nader gekomen, maar het is altijd hetzelfde recht, dat door de instelling der rechtsvordering vervolgd werd, welke vervolging door het aanwenden der executiemiddelen wordt v o o r t g e z e t. Van betwistbaar is het recht geworden onbetwistbaar en de voldoening aan het recht is te eerder te verwachten, naarmate deze nu zekerder en onmiddellijker tegen den wil van den veroordeelde kan verkregen worden. Daarom is het recht sterker geworden, maar het bleef zoozeer hetzelfde, dat de krachtens overeenkomst met het recht verbonden aanspraak op interessen blijft voortduren, de persoonlijke of zakelijke tot nakoming gestelde zekerheid voortdurend bestaan blijft en de verjaring van dezelfde vordering weder begint te loopen, zoodra de door het instellen van den eisch aangevangen handelingen van vervolging, na 't verkregen gewijsde, niet worden voortgezet. Ten aanzien van de verjaring is dit uitnemend betoogd door GRATAMA t. a. p., Nieuwe Bijdragen I, bl. 410 vv. Ik laat het aan de fransche rechtsgeleerden over om uit de bepaling van art. 189 C de C. af te leiden, dat bij veroordeeling tot betaling eener schuldvordering voor welker verjaring een korte termijn is gesteld, de dertigjarige verjaring toepasselijk wordt. Bevat naar hun oordeel art. 189 geen bijzondere bepaling maar de toepassing van een algemeen beginsel, ik zou dit bezwaarlijk met het beginsel, dat het recht na veroordeeling hetzelfde blijft, weten overeen te brengen noch het voor de kortere verjaringen weten te rechtvaardigen. Hoe dit zij, art. 189 is bij ons niet overgenomen en er bestaat dus geen aanleiding om daaruit voor ons recht gevolgtrekkingen te maken. Zie GARSONNET III, § 462 a. h. e.

Behalve de vervulling der formaliteiten, welke tot de uitvoerbaarheid van de vonnissen zijn voorgeschreven, moet het vonnis voldoen aan de formeele eischen in art. 59 en art. 62 gesteld. Bij gebreke daarvan zou degene, tegen wien zoodanig vonnis tenuitvoergelegd werd, zich daartegen kunnen verzetten.

Formeele vereischten voor het uitvoerbaar vonnis.

Het is hier de plaats niet om de formaliteiten, welk tot de uitvoerbaarheid van de vonnissen moeten worden vervuld, te bespreken. Onder andere bedoel ik daarmede de beteekening waarop de wetgever ook in de afdeeling over vonnissen wijst (art. 66), maar van dat alles komt de behandeling bij de tenuitvoerlegging zelve te pas. Doch, terwijl de tenuitvoerlegging plaats heeft van het vonnis, zooals het beteekend wordt, en ook hier voor dengene. die de tenuitvoerlegging zal ondergaan, alleen het vonnis zooals het beteekend wordt in aanmerking kan komen, moet het afschrift een afschrift zijn der expeditie (grosse) die, behalve dat zij moet voorzien zijn van het formulier „In naam des Konings," voldoen moet aan de eischen in art, 62 en alzoo ook aan die in art. 59 voorgeschreven.

Indien de grosse, of het beteekende afschrift daarvan, niet bevat hetgeen volgens art. 62 in verband met art. 59 tot eene grosse vereischt wordt, en noodzakelijk door den wetgever ondersteld wordt daarin opgenomen te zijn. als hij in artikel 431 bepaalt, dat de grossen van de vonnissen zullen kunnen worden tenuitvoergelegd, dan moet het verzet tegen de tenuitvoerlegging door den rechter gegrond geacht worden, omdat niet is beteekend en dus niet tenuitvoergelegd wordt wat alleen daartoe geschikt is. Het gevolg zal zijn, dat degene die tot de tenuitvoerlegging wil overgaan, moet zien een beter afschrift te maken of een beter saamgestelde expeditie te krijgen, en als hij die niet kan bekomen, omdat het vonnis, zooals het op het audientieblad werd gebracht, de noodige vereischten niet bevat, dan zal degene, die zulk een vonnis verkreeg van de tenuitvoerlegging moeten afzien en daaraan voor dat doel niets hebben. Zal men hiertegen aanvoeren, dat art 90 geenerlei akte van rechtspleging wil nietig verklaard hebben, indien de wet de nietigheid daarvan niet uitdrukkelijk bevolen heeft, en dat alleen op het niet uitspreken van het vonnis in 't openbaar en op het wijzen van het vonnis met een ander dan het bij de wet bepaalde getal rechters, nietigheid is gedreigd in artt. 20 en 21 R. O., dan antwoord ik 1°.

dat art. 90 op vonnissen niet toepasselijk is, gelijk uit de ontwikkeling die aan dit artikel in art. 91 vv. van de afdeeling „van nietigheid" gegeven wordt, duidelijk blijkt (Cf. DE PINTO II, § 50), en 2°. dat hier geen sprake is noch behoeft te zijn van nietigheid van het vonnis, maar alleen daarvan dat de expeditie, gelijk uit het afschrift blijkt, en daarop kan de opposant alleen afgaan, niet voldoet aan de vereischten welke tot de uitvoerbaarheid van het vonnis worden gevorderd en dat het daarom niet voor tenuitvoerlegging vatbaar is. Hetzelfde geldt tegen de bewering, die zou kunnen gevoerd worden, dat zoodanig vonnis blijft bestaan zoolang het niet door een der bij de wet daartoe aangewezen middelen is vernietigd. Want ofschoon het niet te ontkennen is, dat door het middel van hooger beroep of cassatie het vonnis zou kunnen verbeterd worden, het is hier niet de vraag wat aan het vonnis ontbreekt, maar of de expeditie, welke men tenuitvoerlegt, aan de vereischten voor zoodanige expeditie gesteld voldoet. Over de nietigheid van een vonnis, dat aan de in art. 59 gestelde eischen niet voldoet, verg. VAN ROSSEM op art. 59 n°. 1, bl. 105, v.

Wanneer een vonnis dit gevolg heeft.

Dit gevolg is evenwel niet aan ieder veroordeelend vonnis onmiddellijk verbonden.

Het vervalt, zooal niet voor goed, door de aanwending van het middel van verzet, indien het vonnis bij verstek is gewezen; is het vonnis gewezen in eersten aanleg op tegenspraak, dan wordt het aangewezen gevolg daaraan voorshands ontnomen door de aanwending van het middel van hooger beroep of dat van revisie; is het vonnis gewezen in het hoogste ressort, hetzij in eersten aanleg, hetzij in hooger beroep, dan heeft de aanwending van het middel van cassatie eveneens ten gevolge, dat de vatbaarheid van het vonnis voor tenuitvoerlegging geschorst wordt. Eerst wanneer deze middelen niet tegen het vonnis open staan, of, hetzij door berusting, hetzij door tijdsverloop, vervallen zijn, is het meerbedoelde gevolg van het vonnis verzekerd. Het is dan een gewijsde in de formeele beteekenis van het woord.

Op deze beteekenis van het gewijsde heb ik hierboven, bl. 172 en v., nader gewezen. Verg. 3426 O. 1820.

Reeds de rechtsdwang die aan het verootdeelend vonnis is verbon-

den maakte het noodzakelijk, dat deze ook niet daaraan verzekerd werd zonder dat de gelegenheid ware gegeven, dat de zaak behoorlijk onderzocht werd en eerst daarna eene definitieve beslissing volgde. Terwijl ook hier dwaling zoo licht mogelijk is, wordt een herhaald onderzoek noodig geoordeeld, opdat wie zich met de beslissing na een eerste onderzoek bezwaard achtte, verbetering daarvan kan zien te krijgen. Bij verstek is de zaak niet van beide zijden aan 's rechters oordeel onderworpen; daarom moet dezelfde rechter in de gelegenheid worden gesteld ook de andere partij te hooren, voordat hij kunne zeggen zijn laatste woord gesproken te hebben. Het verzet bij denzelfden rechter aangebracht kan leiden tot herroeping van het eerste vonnis. Hooger beroep, revisie en cassatie kunnen leiden tot verbetering door een hoogeren rechter. Maar zijn die middelen gebruikt of gedurende bepaalden tijd ongebruikt gelaten, dan dient er een einde te komen aan den strijd en aan het vonnis moet de rechtsdwang verzekerd worden, al ware 't soms onjuist gewezen.

Bij uitzondering kan reeds tenuitvoerlegging plaats hebben niettegenstaande de bedoelde middelen aangewend worden, indien de voorloopige tenuitvoerlegging, niettegenstaande verzet, hooger beroep, revisie of cassatie, bevolen is. Zie § 73.

Behalve door de genoemde middelen kan een vonnis nog door het middel van request civiel en verzet door derden worden aangevallen. Wordt een of ander der voor request civiel in de wet opgegeven gronden, (art. 382 B. R.), juist bevonden, dan wordt het vonnis herroepen, want het is dezelfde rechter die het vonnis wees, welke hierover oordeelt. Het gevolg van die herroeping is dan dat partijen in den staat worden teruggebracht in welken zij vóór het vonnis waren en hetgeen ten gevolge van de veroordeeling bij het vonnis uitgesproken, genoten of ontvangen mocht zijn, wordt teruggegeven, art. 394. Doch ook eerst door die uitspraak verliest het vonnis de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging; het instellen zelfs van het middel van request civiel verhindert die tenuitvoerlegging niet. Deze zal, volgens de uitdrukkelijke bepaling van art. 392, behoudens het geval van art. 194, zelfs door geen rechterlijk bevel belet mogen worden. Ofschoon dus in ruimen zin gesproken, het vonnis dat door request civiel kan worden aangevallen nog voor bestrijding en opheffing door rechtsmiddelen vatbaar is, wordt het niettemin terecht als een gewijsde beschouwd, omdat het ontnemen der

rechtskracht van de met goed gevolg plaats gehad hebbende aanwending van het middel afhankelijk is.

Van het verzet door derden geldt hetzelfde, behalve dat het den rechter vrijstaat om, indien daartoe gronden bestaan, bij de aanwending van dit middel, de uitvoering van het aangevallen vonnis te schorsen. Deze is dus niet van rechtswege aan de aanwending van het rechtsmiddel verbonden. Zie Dl. V. bl. 443. Ook heeft het gegrond bevonden verzet slechts verbeteringen ten gevolge voor zooverre het vonnis de rechten van derden benadeelt, (artt. 379 en 380) en zoo moet men wel, niettegenstaande de aanwendbaarheid van dit middel, kracht van gewijsde aan het vonnis toekennen, omdat het onmogelijk is te bepalen, of en wanneer het zal worden aangewend.

II. Het vonnis is recht.

II. (*) Een tweede gevolg van het vonnis ligt in de kracht van het gewijsde, wat zijn inhoud betreft. De partijen zijn niet alleen verplicht aan den inhoud van het vonnis te voldoen; maar wat de rechter als recht tusschen haar uitsprak is recht tusschen haar en is dit in dien zin onherroepelijk, dat partijen daarop niet terug kunnen komen en het eens bij gewijsde besliste geschil niet op nieuw aan 's rechters oordeel kunnen onderwerpen. Res iudicata pro veritate accipitur.

Terecht merkt VON SAVIGNY, VI, bl. 259, op, dat, hoe natuurlijk het gevolg van het vonnis zij, onder I vermeld, het hier vermelde

(*) V. SAVIGNY, System VI, § 280—301 en de daar aangehaalde op bl. 257, waaronder vooral BUCHKA in het op bl. 97 (*) hierboven aangehaalde werk § 11, 12, 17, 23 en 24 UNGER, 1. § 132 en, behalve de daar aangehaalde in de noot op bl. 615, ook BAYER, Vorträge üb. d. gem. ordentl. Civilprozess, 10e Aufl. München 1862, § 137—142. Dr. G. RÜMELIN, de Lehre von der exceptio rei iudicatae, Tubingen 1875, waarover GRÜNHUT'S Zeitschrift III, 179. Voorts POTHIER, Traité des obligations, IVe partie, chap 3. sect. 3. MERLIN, Rep. v°. chose jugée. TOULLIER, Cours de droit civil francais, t. X, n°. 65—259; DALLOZ, Rep. v°. chose jugée. MARCADÉ, Explication du Code Nap. ad art. 1351, V, p. 151—199. GARSONNET, III Livre II chap. 3 § 460 vv. (PONCET geeft zeer weinig in zijn Traité des jugemens) DIEPHUIS, Ned. burg. recht IX, n°. 356—392 en in de latere uitgave III bl. 233—271. OPZOOMER, Aanteekeningen op artt. 1954 en 1955. GOUDSMIT. Pandekten Systeem, § 106—108. MODDERMAN'S Handboek bewerkt door DRUCKER en TICHELAAR I, 115. V. D. KASTEELE. Eenige opmerkingen over het gezag van gewijsde zaak in Themis VI (1845) bl. 27. J. H. DER KINDEREN. De rerum iudicatarum auctoritate in causis civilibus L. B. 1847. VAN BELL. Over de exceptie van gewijsde zaak in Ned. Jaarboeken, IX (1847), bl. 615. J. G. A. FABER, Over de exceptie van gewijsde zaak in Ned. Jaarb., X (1848), bl. 338. H. BINNERTS. De exceptie van gewijsde, Acad. proefschr. Leiden 1867.

Belangrijk is de wettelijke regeling van dit onderwerp in het Ontwerp 1820, artt. 3425—3449 j°. art. 3407.

gevolg noch uit den aard van het vonnis, noch uit den aard van het rechterambt onmiddellijk voortvloeit. Integendeel, hoezeer gehoorzaamheid aan de gegeven beslissing noodzakelijk is, zal niet de geheele rechtspraak illusoir worden, de mogelijkheid van dwaling des rechters blijft bestaan. En mocht die worden ontdekt, ook zonder dat er van eenige verandering in de omstandigheden, waaronder hij zijn uitspraak gaf, bleek, men zou het wenschelijk kunnen achten, dat bij het alsdan door het vonnis bewerkte onrecht niet worde volhard, maar zijne nadeelige gevolgen zooveel mogelijk worden hersteld, en derhalve de gelegenheid blijve opengesteld om alsnog op de uitspraak terug te komen, al ware zij reeds tenuitvoergelegd. Doch waar zal dan het einde zijn? als dan later nog weder de dwaling kon worden aangetoond van de latere uitspraak, die het door de eerste bewerkte onrecht beweerde te verbeteren? Zou dergelijke onzekerheid der rechtsbetrekkingen, welke de rechtspraak bestemd is op te heffen, met haar doel bestaanbaar zijn? Neen voorzeker! Maar moet men dan tot recht verheffen wat onrecht is? Nog minder. Doch de groote vraag blijft, hoe dan die onomstootbare beslissing te vinden: wat ten slotte recht, wat onrecht is. Altijd blijft men daarop stuiten, dat voor de rechtsvinding der maatschappij niet dan een feilbaar orgaan ten dienste staat. Maar, wanneer dan de meest afdoende waarborgen worden gesteld, dat eene eindbeslissing die men voor waar wenscht te houden, de meest mogelijke waarschijnlijkheid oplevert dat zij juist is, kan men zich dan niet met die formeele waarheid tevreden stellen en moet men dit niet, op het gevaar af van soms onrecht tot recht te maken, ten einde grooter kwaad, de in den Staat duldelooze onzekerheid der rechtsbetrekkingen, te laten voortbestaan, die ten slotte alle rechtspraak onmogelijk zou maken en den Staat zelven in zijne grondslagen zou aantasten? Daarom moet wat de rechter als recht uitsprak over een geschil, dat aan zijn oordeel werd onderworpen en dat op de bij de wet gestelde wijze is onderzocht en beslist, recht zijn en blijven voor degenen die de uitspraak vroegen. Het is een fictie van waarheid of van recht, wanneer de rechter toch dwaalde, doch dewijl daarnaar niet eens onderzoek wordt gedaan, is 't wellicht beter hier niet van een fictie maar van formeele waarheid of formeel recht te spreken. Zie UNGER, Oesterr. Privatrecht, 1 § 132 bl. 618 en n[t]. 8 tegen VON SAVIGNY.

Mocht over de onjuistheid van een vonnis in objectieven zin geen

twijfel bestaan, dan geeft de wetgever in het request civiel nog een middel om daarin te voorzien art. 382 n°. 1 en 5—8. Dl. V bl. 300 vv.

Het overgroote belang van eene tot een juist onderzoek en beoordeeling leidende rechtspleging, van een juiste regeling van het herhaald onderzoek vóordat een geschil gezegd kan worden definitief beslist te zijn, en van eene behoorlijke inrichting der rechterlijke macht en bezetting der rechterlijke zetels, komt bij dit gewichtig gevolg van het vonnis op indrukwekkende wijze aan het licht. Want tot op zekere hoogte wordt, althans wat de gevolgen voor partijen betreft, de uitspraak des rechters als onfeilbaar behandeld.

De kracht, die alzoo aan het vonnis wordt toegekend, wordt ontvouwd in het leerstuk der res iudicata, dat aan het Rom. just. recht ontleend, werd geformuleerd in den regel: „res iudicata pro veritate accipitur" l. 207 de R. I. Deze kracht van het rechterlijk vonnis hebben latere onderzoekingen, bepaaldelijk die van KELLER, Litiscont. und Urtheil, 1827, als de positieve kracht van het vonnis doen kennen, in tegenstelling van wat men de negatieve kracht heeft genoemd en die, in eene vroegere ontwikkelings-periode van het Rom. recht in verband met het formulierproces gehuldigd, in het „bis de eadem re ne sit actio" hare uitdrukking vond. Het was reeds iets, dat dezelfde actie niet ten tweedemale mocht worden ingesteld, maar daardoor werd het gezag van het vonnis toch niet voldoende verzekerd. Bleef men daarbij staan, niets belette, dat niet alleen de eischer terzelfder zake een andere actie instelde, maar ook niet dat de in het ongelijk gestelde verweerder tegen den vorigen eischer eene actie instelde, bewerende dat hem eene zaak toekwam, krachtens een uitsluitend recht dat in 't beslist geding ten aanzien van diezelfde zaak aan den eischer werd geoordeeld toe te komen. De uitsluiting van herhaling der eens ingestelde actie kon zelfs onrechtvaardig werken, als bij de eerste instelling hare afwijzing op grond eener dilatoire exceptie had plaats gehad. Volkomen kon het gezag met het oog op te bewerken rechtszekerheid eerst gehandhaafd worden door het aannemen van den regel „res iudicata pro veritate accipitur" in den zin van: „wat het vonnis beslist is recht tusschen de partijen". Verg. UNGER t. a. p. bl. 616 n[t]. 4.

Dat ook in het hedendaagsche recht de positieve kracht van het gewijsde is aangenomen kan niet bevreemden. Het is a priori te verwachten, al konde, bij eene zelfstandige ontwikkeling van het recht,

even goed als bij de Romeinen, de negatieve kracht aangenomen zijn en al liet zich de mogelijkheid onderstellen dat het recht dan op die eerste ontwikkelingstrap was blijven staan. Doch de bepalingen, welke de wetgever tot regeling van het leerstuk in het wetboek opnam, met name art. 1954 B. W., werden uit den Code Civil, art. 1351, nageschreven, en de Code schreef ook hier POTHIER na, die al zijn wijsheid aan het Rom. just. recht ontleende. Daarin was, ten tijde van POTHIER, de vroeger bestaan hebbende negatieve kracht noode te herkennen. Al bestaat dan ook de mogelijkheid om enkele uitdrukkingen, die van POTHIER in de wetboeken overgingen, in den zin der negatieve kracht uit te leggen, deze kan daarmede niet zijn uitgedrukt. Zou men dan gerechtigd zijn, op grond van eene ten hoogste twijfelachtige uitdrukking der wet, eenen geheel onbewusten teruggang tot eene onbekende, verouderde en geheel onvoldoende instelling aan te nemen? (Verg. de verhandeling van den heer FABER tegen die van den heer VAN BELL). Maar wat alles afdoet. De wetgever heeft de kracht van het gewijsde zelf wel niet in eene bepaling geformuleerd, doch hij brengt de kracht van het rechterlijk gewijsde tot de vermoedens en wel tot de wettelijke vermoedens en onder deze tot die tegen welke geen tegenbewijs wordt toegelaten, artt. 1953 n°. 3, 1958 § 2. Want, hoe vreemd de uitdrukking in dit laatste artikel moge zijn, dat geen tegenbewijs wordt toegelaten, indien de wet op grond van dit vermoeden den rechtsingang weigert, („dénie l'action en justice" zegt art. 1352 C. C.; art. 1964 W. 1830) die uitdrukking moet wel o. a. op het rechterlijk gewijsde terugslaan en dat de wet op grond daarvan den rechtsingang weigert, beteekent dan dit: 'dat vermits het gezag bij eene exceptie, die van gewijsde zaak, wordt ingeroepen, en deze exceptie vóór het antwoord ten principale kan worden ingesteld, art. 160 n°. 1 B. R., alzoo in limine litis zooals het heet, daardoor de ingang tot het geding zelf over de hoofdzaak, afgesloten wordt. Al is deze laatste bepaling in 1896 uit de wet weggenomen en al kennen we geen excepties meer als volgens dat voorschrift in limine litis waren voor te stellen, het argument verliest daardoor zijne waarde niet. Ook de tegenstelling in art. 1955: „behoudens tegenbewijs" wijst op de uitsluiting van tegenbewijs in het algemeen. Nu is het wel geen logisch juist begrip om de kracht welke de wet aan een rechterlijk gewijsde toekent, een wettelijk vermoeden te noemen, nadat de wetgever in art. 1952 dat vermoeden bepaalde als een gevolgtrek-

king welke de wet maakt uit het bestaan van een bekend tot dat van een onbekend feit en zegt UNGER t. a. p. bl. 619 n°. 8 a. h. e. terecht: „Ebenso unpassend aber und auf eine Verkennung des Wesens der Rechtsvermuthungen beruhend ist die Annahme dass für die Wahrheit des Inhalts einer rechtskräftige Entscheidung eine praesumtio iuris et de iure streite; so, z. B., C. C. a. 1350, 1352." Want als men uit het feit: dat de rechter heeft beslist dit of dat is recht, besluit dat dit in waarheid zoo is, dan maakt men geene gevolgtrekking tot een onbekend FEIT, vermits 1°. met de conclusie „'s rechters beslissing is juist" geen feit als bestaande maar eene oordeelvelling als juist wordt aangenomen en 2°. het bestaan van een recht of rechtsbetrekking geen feit is in den zin waarin de wetgever in art. 1952 noodzakelijk van feiten spreekt. Doch niettegenstaande al dat gebrek aan logica, ligt er toch duidelijk genoeg deze gedachte in uitgedrukt, dat de uitspraak des rechters wordt vermoed waar, juist, te zijn, en afgezien van de subsumtie onder het begrip van vermoeden, zooals art. 1952 dat bepaalt, behoeft men er toch niet naar te raden of daarin wordt teruggegeven het „res iudicata pro veritate accipitur." Zoo stelde POTHIER n°. 885, het ook voor: „L'autorité de la chose jugée fait présumer vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le jugement et cette présomption étant juris et de jure, exclut toute preuve du contraire: Res iudicata pro veritate accipitur. l. 207 D. de R. I." Zelfs noemt hij, n°. 841, het vermoeden dat uit het gewijsde ontstaat, la principale espèce de présomption juris et de iure. Reeds MALEVILLE stelt het als eene door de bepalingen der wet, artt. 1350 en 1352 C. C., uitgemaakte waarheid voor, dat de res iudicata tot de „présomptions juris et de iure" behoort. Zie ook MARCADÉ, op art. 1352. Onze wet mag dan niet zóó duidelijk zijn op dit punt als art. 3427 in verband met art. 3407 van het ontwerp 1820, waarvan het eerstgenoemde niet anders dan de onmiddellijke en noodzakelijke gevolgtrekking is uit het laatste, de wetgever heeft er niet aan kunnen twijfelen dat hij niet, evenals de fransche, hetzelfde bepaalde.

De hier besproken kracht van het vonnis wordt toegekend aan het rechterlijk gewijsde. Daarbij moet toegepast worden het begrip hierboven bl. 190 v. ontwikkeld. Zie ook bl. 304 v. v. Het Ontwerp 1820 noemt het vonnis dan een „uiterlijk gewijsde." a. 3425, 3426,

„Uiterlijk" moet hier wel de beteekenis van „uiterste" „laatste" hebben. Zoolang het vonnis nog door de gewone middelen bestreden kan worden is een beroep de op dat vonnis als eene gewijsde zaak niet toegelaten, maar ook overbodig. Wanneer een bij verstek veroordeelde een eisch tegen den eischer mocht instellen met de bij verstek gegeven beslissing in strijd, heeft de eischer nog niet het recht om den eisch met het beroep op eene onherroepelijke beslissing des rechters af te weren (exceptie van gewijsde zaak). Eigenlijk zou het antwoord moeten liggen in eene exceptie van litispendentie indien niet art. 158 B. R. deze te eng beperkte. Want wanneer de zaak, bij den rechter aanhangig gemaakt, door eene veroordeeling bij verstek is beslist dan is zij niet afgedaan. Doch de exceptie van litispendentie brengt volgens art. 158 mede, verwijzing naar den rechter bij wien de zaak hangende is, niet bij wien zij aanhangig moet gemaakt worden. Maar toch kan het antwoord zijn: uw beweren is in strijd met een vonnis waaraan gij, zoolang gij daartegen niet het middel van verzet hebt gebezigd, gehoorzaamheid verschuldigd zijt, en moet alzoo leiden tot eene niet-ontvankelijkheid omdat de eischer tot het instellen van de door hem ingestelde actie niet gerechtigd is. En indien degene die het vonnis bij verstek verkreeg het ging tenuitvoerleggen, zou hij nog krachtiger tot verzet dwingen of een gewijsde verkrijgen.

Wordt eene zaak in eersten aanleg aanhangig gemaakt na eene beslissing die nog vatbaar was voor hooger beroep of cassatie, hetzij door den veroordeelden verweerder, hetzij door den eischer wiens eisch was afgewezen, aan zoodanigen eisch zou de exceptie van onbevoegdheid ten aanzien van het onderwerp des geschils kunnen worden tegengeworpen, indien men ook hier niet wilde beweren: het in eersten aanleg gewezen vonnis bindt u zoolang gij niet daartegen het middel van hooger beroep of van cassatie hebt aangewend, en daarom is uw eisch niet-ontvankelijk.

Maar wanneer nog van request civiel kon worden gebruik gemaakt, de exceptie van gewijsde zaak zou opgaan; want, niettegenstaande dit middel openstaat, is men gehoorzaamheid aan het vonnis verschuldigd en, wordt het middel daarna met goed gevolg aangewend, dan wordt het vonnis vernietigd, of het gezag daarvan door de aannemin van eene exceptie van gewijsde zaak zij gehandhaafd of niet. Want het is juist tegen een gewijsde, dat dit middel van request civiel is gegeven, art. 382. — Evenzoo is het, al staat het middel van

derde verzet open. Tegen die mogelijkheid kan eene der partijen met grond zich op de kracht van het gewijsde beroepen. Want het beweren dat een derde zich verzet of kan verzetten, zou als eene exceptie de jure tertii worden afgeweerd.

Hij die het gezag van het gewijsde inroept, kan dit niet anders dan door overlegging van eene expeditie van het vonnis. Deze moet dan ook voldoen aan den eischen bij art. 62 j⁰, 59 gesteld. Is men daartoe buiten staat dan is niet behoorlijk vonnis gewezen en de wijze, waarop men alleen op grond van een vonnis zijn recht kan handhaven, maakt het beroep op dat vonnis onmogelijk.

Wat heeft kracht van gewijsde? Aan welke bestanddeelen van het vonnis wordt die kracht van waarheid toegekend? De wetgever bepaalt die kracht in art. 1954 § 1 tot het onderwerp van het vonnis. En ofschoon hij daarmede niet veel anders beoogt dan de reden te geven van § 2, volgens hetwelk bij een vonnis dezelfde rechtsvraag tusschen dezelfde partijen moet zijn beslist, welke nu wederom aan des rechters oordeel werd onderworpen, (verg. POTHIER n⁰. 888, DIEPHUIS IX n⁰. 366, Systeem III, bl. 245 v.) zoo ligt daarin toch ook opgesloten, dat het de in het vonnis gegeven beslissing is, welke rechtskracht heeft, en daarmede zijn dan de motieven uitgesloten. De beslissing heeft rechtskracht, en men mag daarbij van het dictum of dispositief spreken, als men dit maar niet beperkt tot het onmiddellijk praktisch gedeelte der beslissing en het declaratief daarvan uitsluit. Men moet beslissing opvatten in de beteekenis, die het woord uit zich zelf heeft en die daaraan in art. 59 toegekend wordt, zooals ik die hierboven, bl. 206, ontwikkelde. Zelfs kan aan het dispositief in den beperkten zin nooit andere dan formeele, geen materiëele, rechtskracht toegekend worden, UNGER bl. 641. Maar dan deelen ook de eigenlijke motieven, de beweegredenen welke den rechter de rechtsvraag alzoo en niet anders deden beslissen, niet in de rechtskracht aan het vonnis toegekend. Deze beschouwingen over de natuur van het recht of van de rechtsbetrekking, of over het recht verstand der toegepaste wet, kunnen wel de beslissing rechtvaardigen, en zelfs het recht verstand daarvan in het licht stellen, maar het blijven beschouwingen, het zijn geen beslissingen. De rechter is bij de beslissing van eene soortgelijke rechts-

vraag zelfs tusschen dezelfde partijen aan dergelijke beschouwingen niet gebonden. Daaraan twijfelt niemand.

En wanneer met de beslissing over de hoofdzaak, tevens is beslist over het al of niet bestaan van een recht of rechtsbetrekking van welker al of niet bestaan de beslissing op de hoofdvraag afhankelijk was? wanneer op grond van eene bestaande betrekking van bloedverwantschap, welke naar de wet tot onderhoud verplicht, de verplichting tot onderhoud is uitgesproken, staat dan daarmede ook de bloedverwantschap vast? Of waar, op grond van bloedverwantschap, erfrecht, op grond van erfrecht, eene actie tot boedelscheiding werd toegewezen; bij de toewijzing van interessen de schuld van het kapitaal werd aangenomen? Ofschoon ook hierover verschil van meening bestaat, ik antwoord met GOUDSMIT, bl. 288 n^t^. 1: „Het doet niet af of eene vraag om haar zelve dan om eene andere door den rechter is beslist. Waar het alleen op aankomt is: wat heeft de rechter beslist en wat heeft hij moeten beslissen? Blijkt het dat hij het incidenteele (praejudiciëele) punt niet kan ter zijde stellen of ongerept laten, wilde hij een nauwkeurig en volledig oordeel vellen, zoo was zijne uitspraak daarover een onmiddellijk en noodzakelijk uitvloeisel van de taak die hij bij het rechtspreken te volbrengen had en behoort zij niet minder dan die over de hoofdzaak, hare kracht voor de toekomst uit te oefenen" en wat hij daar verder onder III ontwikkelt is ook bij ons volkomen toepasselijk. Anders DE PAEPE, Compétence civile I p. 347 en 370 en 371.

Daarmede is evenwel nog niet uitgemaakt de vraag, of hetgeen door den rechter ten aanzien der *feiten* als waar of onwaar werd aangenomen in kracht van gewijsde gaat. De Ontwerper van 1820 leidde de bevestigende beantwoording dezer vraag onmiddellijk daaruit af, dat hetgeen bij het vonnis beslist is voor waarheid en recht wordt gehouden. Art. 3427 laat op deze bepaling volgen: „*De feiten en omstandigheden, welke bij het vonnis als erkend of bewezen zijn ter nedergesteld of waarop de rechter kennelijk zijne beslissing gegrond heeft, mogen* DERHALVE *daarna niet meer in twijfel getrokken* noch het verklaarde recht van partijen betwist *worden*". Op dit punt kan ik het gevoelen door mijn geleerden ambtgenoot, op bl. 287 n^t^. 1 van het Systeem verdedigd, niet deelen. Het komt mij voor dat de aangehaalde wetsbepaling eene uitbreidende gevolgtrekking uit § 1 van het artikel bevat. De burgerlijke rechter beslist eene rechtsvraag

en erkent daarmede het bestaan van een recht of rechtsbetrekking, of ontkent het bestaan daarvan. Hij heeft daarbij het al of niet bestaan van feiten aan te nemen maar ook den zin van den algemeenen rechtsregel te bepalen. Beide zijn gronden of overwegingen die hem tot beslissing over en het erkennen van het recht of de rechtsbetrekking leiden, zij zijn de gronden voor — niet het onderwerp van zijne beslissing of vonnis. Daarom geloof ik dan ook dat het gevolg in het Ontwerp van 1820 aan het gewijsde toegekend, als in strijd met art. 1954 § 1, in geen geval in ons recht mag aangenomen worden. Opmerking verdient hierbij art. 246 B. R. Ook zie ik geen strijd met het vereischte van eadem quaestio. Want als de rechtsvraag dezelfde is, dan kan er ten aanzien van de aangevoerde feiten geen quaestie zijn of zij dezelfde zijn of dat andere vroeger, al of niet, als bewezen aangenomen waren; doen zij eene andere rechtsvraag ontstaan, dan is er geen quaestie van een vroeger gewijsde. Cf. UNGER § 132, II, n^t. 16 en 17. Doch men lette ook hier op de juiste bepaling van het eadem quaestio in verband met dezelfde oorzaak. Als iemand vergoeding vordert wegens beweerde schade toegebracht aan een door hem geleend of in bewaring gegeven paard en de actie werd ontzegd als zijnde geen schade toegebracht, dan zal hij niet op nieuw tegen denzelfden persoon die schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad kunnen vorderen. Want het was hier de vraag, of de eischer aanspraak op schadevergoeding heeft, en deze vraag was beslist, naardien de rechter had uitgemaakt, dat gedaagde geen beschadiging aan de zaak had toegebracht. Verg. v. SAVIGNY, bl. 424—26, 456. UNGER a. w. bl. 623 n^t. 16. Anders oordeelde de H. Raad bij arr. van 9 Maart 1862 W. v. h. R. n°. 2360, toen hij aannam dat de feiten, die in een geding tot scheiding van tafel en bed mishandelingen door den man gepleegd hadden doen aannemen, krachtens dat gewijsde in een later geding grond voor eene ontzetting uit de curateele konden opleveren.

Exceptie van gewijsde zaak.

Mocht niettemin eene der partijen het bij gewijsde besliste geschil op nieuw bij den rechter aanhangig maken, dan staat aan die vordering de exceptie van gewijsde zaak in den weg. Dit is het rechtsmiddel waardoor het recht, dat het vonnis tusschen partijen vaststelde, wordt gehandhaafd, waardoor de waarheid van het gewijsde wordt in stand gehouden.

Geldt dit zoowel van een veroordeelend als van een vrijsprekend vonnis? Dat, wanneer de eischer eens met zijne vordering werd afgewezen, hij den gedaagde daar niet weder mede kan lastig vallen, maar deze hem kan afweren met de exceptie van gewijsde zaak als daarvoor de nader te bespreken vereischten samenvallen, staat vast; maar, indien de eischer een veroordeelend vonnis verkreeg, kan hij dan zijne actie op nieuw tegen den gedaagde instellen? Mr. FABER beweert, t. a. pl. bl. 352, dat dit geval buiten de exceptio rei iudicatae met positieve werking valt en Prof. GOUDSMIT stemt daarmede in, t. a. p. bl. 282 n[t]. 3. Ik zou meenen dat, als het vonnis eene praesumtio iuris et de iure oplevert, in dien zin als ik dat zooeven aantoonde, eene andere beantwoording der vraag daaruit moet volgen. De positieve kracht van het vonnis in het „res iudicata pro veritate habetur" wordt door de exceptie niet alleen geldend gemaakt wanneer de gedaagde er zich op beroept dat ten zijnen voordeele beslist is, maar ook dat zoo en niet anders beslist is. De negatieve kracht van het vonnis in het „bis de eadem re ne sit actio" gehuldigd, is niet geheel weggevallen, maar is ook in het „res iudicata pro veritate habetur" opgenomen. Daardoor is de kracht van het vonnis uitgebreid, niet alleen door eene hernieuwde instelling der vordering, uit te sluiten, al gold het dezelfde rechtsvraag, voor zoover het „bis de eadem re ne sit actio" dit toeliet, maar ook in andere opzichten. WACHTER, Handb. d. Würtemb. Privatr. II bl. 553, leidt dit ook, als een natuurlijk gevolg van de positieve werking, onmiddellijk daaruit af: „Das Urtheil gilt ausschlieslich d. h. über das betreffende Rechtsverhältniss gilt nunmehr unter den Partheien blos der Inhalt des rechtskraftigen Urtheils; jede Parthei ist befugt lediglich unter Berufung auf die Excistenz des Urtheils jede Erneuerung einer Prozesverhandlung über das festgestellte Rechtsverhältniss ab zu weisen und den positiven Inhalt des Urtheils für sich geltend zu machen".

Heeft het vrijsprekend vonnis zoodanige kracht, dat hij, wiens niet schuldig zijn daarbij werd uitgesproken, recht tot terugvordering heeft van wat hij later mocht hebben betaald, als zijnde onverschuldigd? Of is die terugvordering uitgesloten als zijnde door de betaling eene natuurlijke verbintenis voldaan? art. 1395 B. W. Hoe betwist en betwistbaar deze vraag naar 't R. R. moge zijn, (verg. daarover GOUDSMIT, bl. 283 n[t]. 1), m. i. moet naar ons recht de eerste vraag

bevestigend, de tweede ontkennend worden beantwoord, indien ik nl. gelijk heb in het straks ontwikkeld beweren, dat wat art. 3427 § 1 O. 1820 zoo uitdrukkelijk, doch als noodzakelijke gevolgtrekking uit art. 3407 n⁰. 2 bepaalde, bij ons even noodzakelijk uit art. 1953 n⁰. 3 j⁰. 1958 voortvloeit. Kan de betaler geacht worden van de exc. te hebben afstand gedaan dan is 't anders, evenals bij de verjaring. Cf. LAURENT XX n⁰. 349.

Vereischten tot deze exceptie.

Om het gezag van het gewijsde te kunnen inroepen worden vereischt: 1⁰. dat dezelfde rechtsvraag aan het oordeel des rechters onderworpen wordt, welke reeds bij gewijsde werd beslist, en 2⁰. dat die beslissing tusschen dezelfde partijen gegeven werd.

De drie in art. 1954 B. W. gestelde eischen worden hier tot twee teruggebracht. De wetgever vordert, dat de zaak dezelfde zij en dat de eisch op dezelfde oorzaak beruste. Eene nadere beschouwing doet evenwel zien dat die beide vereischten zich in deze ééne oplossen, dat nl. dezelfde rechtsvraag aan 's rechters oordeel worde onderworpen, zijne beslissing over het al of niet bestaan van hetzelfde recht, dezelfde rechtsbetrekking, worde ingeroepen. Dan geldt het inderdaad dezelfde zaak en dezelfde oorzaak want de rechtsbetrekking is afhankelijk van haar voorwerp en van den grond waaruit zij is ontstaan. In de wet wordt, op 't voorbeeld van POTHIER, op het eadem res, eadem causa gedrukt, dat bij de romeinsche juristen, al gaven zij zelve dit niet altijd en overal duidelijk te kennen, niet anders dan eadem quaestio beteekent, gelijk VON SAVIGNY § 296 sqq. duidelijk aantoonde. Zie ook UNGER § 132 nt. 14. De plaatsen, welke POTHIER tot staving van zijn gevoelen aanvoerde, zijn juist die, waaruit de gevolgtrekking moet worden gemaakt, dat het op eadem quaestio aankomt en POTHIER brengt zelf de beteekenis van beide tot het eadem quaestio terug, n⁰. 891, 896. Ook de beteekenis, waarin „zaak" en „oorzaak" in art. 1954 worden gebezigd, brengt ons in de toepassing tot het eadem quaestio. Zie op dit punt vooral OPZOOMER ad art. 1954. Dat deze, als men wil vrijere, uitlegging hier gerechtvaardigd is, bevestigt de wijze waarop de wetgever in art. 158 dezelfde gedachte, waarop het hier aankomt, in andere bewoordingen uitdrukt, waar hij de exceptie van aanhangig geding regelende spreekt van: „zaken die reeds voor een anderen rechter zijn aanhangig gemaakt tusschen dezelfde personen

en over hetzelfde onderwerp". Cf. VOET ad tit. Paud. de exc. rei iud. 44, 2 n°. 7. Voorbeeld: de kooper heeft op grond van art. 1543 B. W. teruggave van den koopprijs gevorderd. Afgewezen zijnde kan hij niet met de vordering tot vermindering van den koopprijs terugkeeren. Ook al heeft men nieuwe bewijsmiddelen, de res iudicata staat in den weg. (POTHIER n°. 887). In art. 545 B. W. wordt wel de afgewezen eischer uitdrukkelijk toegelaten tot dezelfde vordering met nieuwe bewijzen. Maar hij werd daar ook alleen afgewezen op grond van ontbrekend bewijs, dat hij uitdrukkelijk toegelaten wordt later aan te vullen of volledig te leveren. Niet uitgesloten is het instellen van een gelijke rechtsvordering wanneer het beweerde recht, bijv.: van erfgenaamschap, later is ontstaan en niet bestond toen de vorige vordering werd ingesteld of althans nu beweerd wordt te bestaan op een anderen grond.

Tusschen dezelfde partijen. De wetgever zegt niets anders, wanneer hij eischt dat de eisch door en tegen dezelfde partijen in dezelfde betrekking gedaan zij. Daardoor wordt de rechtskracht tegen derden, die geen partij in het geding waren, uitgesloten. „Res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt neque praeiudicium solent irrogare". l. 2 C. quib. res iud. 7, 56. Dit neemt niet weg dat de werking van een gewijsde zich tot derden kan uitstrekken. Doch dit is geen gevolg van het vonnis maar van de rechtsbetrekking waarover het vonnis loopt. Ook kan de tenuitvoerlegging van een vonnis derden in de uitoefening hunner rechten hinderen of benadeelen en kan in het voeren van het proces zelf eene een derde benadeelende handeling liggen en langs dien weg het vonnis tot benadeeling van derden strekken. In laatstbedoelde gevallen kan aan die derden het middel van verzet (verzet door derden) te pas komen, B. R. I. tit. IX. Zie ook de algemeene toelichting op dien titel bij v. D. HONERT, bl. 416—419. „Het derde verzet heeft met den regel omtrent de verbindende kracht der vonnissen niet te maken, het laat dien ongerept, maar het strekt om een feitelijk nadeel te verhoeden dat voor een derde uit het vonnis kan ontstaan, ofschoon dit voor hem geen bindende kracht heeft", dus schreef ik, Rechtsgeleerd Magazijn VI (1888) bl. 588. Alleen door hen die partijen waren in het geding werd het vonnis van den rechter gevraagd, alleen aan hen gegeven. Het vonnis heeft dientengevolge gelijke werking als eene overeenkomst,

art. 1354 B. W., maar evenals de overeenkomst heeft dan ook het vonnis kracht ten aanzien van der partijen erfgenamen en ook ten aanzien van rechtverkrijgenden onder bijzonderen titel, mits de rechtsverkrijging plaats had nadat de vorige vordering was ingesteld. De kooper van de zaak, welke, vóór dat zij door hem werd verkregen, van zijn verkooper opgevorderd werd, is, door het vonnis waarbij die vordering werd afgewezen, tegen denzelfden eischer voor eene herhaling der revindicatie beveiligd. Verg. over deze vraag BINNERTS, bl. 225 en een opstel in Juridische Spectator n°. 26 bl. 9 vv. inzonderheid bl. 13. Burg. Gesetzbuch 1'. Lesung § 192 § 1. Verg. Dl. V. bl. 379, 382.

De partij is eene andere, als zij in 't vorige proces in eene betrekking, d. i. hoedanigheid, optrad. De minderjarige voert het proces door zijn voogd, de voogd is niet meer dezelfde partij als hij later voor zich persoonlijk procedeert. „Tot personae quot qualitates". Ontw. 1820 art. 3340, 3341.

Men heeft geen recht om „door en tegen dezelfde partijen in dezelfde betrekking" dus te verstaan, als moesten in het ten tweede male aanhangig gemaakt geding dezelfde personen als eischer, dezelfde als gedaagde optreden en als zoude eerst dan de exceptie van gewijsde zaak kunnen worden ingeroepen. In „dezelfde betrekking" behoeft niet te beteekenen „in dezelfde verhouding" en dan behoeft „door en tegen dezelfde partijen" ook niet te beteekenen „door dezelfde en tegen dezelfde," maar dat dezelfde personen partijen waren in het geding en dit in dezelfde qualiteit voor zich of voor een ander. Zie ook arr. Hof van Noordholland 7 Mei 1874 W. v. h. R. n°. 3762. De bepaling beteekent niet anders dan wat de Code zegt in art. 1351 : „que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité." Als men van een eisch die ingesteld en niet van een geding dat gevoerd of een vonnis dat gewezen is wil spreken, is de uitdrukking onzer wet grammaticaal nauwkeuriger. En ofschoon POTHIER, bij de behandeling van dit punt, het geval vooropstelt dat dezelfde eischer tegen denzelfden gedaagde optreedt, beperkt hij in de verdere ontwikkeling de kracht van 't gewijsde daartoe niet, bijv. n°. 902; zonder dat hij evenwel bijzonder doet uitkomen de omstandigheden dat de rollen even goed omgekeerd kunnen zijn. Reden te minder om,

waar de woorden der wet de beperkende uitlegging niet vorderen, deze te verkiezen boven de ruimere, vooral omdat men daardoor tot de aan POTHIER onbekende negatieve kracht van 't gewijsde zou terugkeeren.

Toepassing op gewijsde in strafzaken.

Uit het vereischte, dat die beslissing tusschen dezelfde partijen moet gegeven zijn, volgt dat een gewijsde in strafzaken tegenover eene burgerlijke rechtsvordering geene exceptie van gewijsde zaak kan opleveren.

Indien evenwel iemand bij een gewijsde van den strafrechter tot straf is verwezen, strekt dit in het burgerlijk geding als bewijs, dat het feit waarop de straf werd toegepast, door den veroordeelde werd gepleegd, behoudens tegenbewijs.

Doch indien iemand door den strafrechter van een hem te last gelegd strafbaar feit werd vrijgesproken of te dier zake ontslagen van alle rechtsvervolging, kan de vrijspraak of dat ontslag bij den burgerlijken rechter niet worden ingeroepen om een eisch tot schadevergoeding af te weren. Art. 1955 en 1956 B. W.

De vereischten in art. 1954 tot de kracht van het gewijsde gevorderd sluiten het beroep op een strafvonnis, waarbij de veroordeeling werd uitgesproken wegens een feit, waarop eene vordering bij den burgerlijken rechter wordt ingesteld, uit. Want ofschoon men zou kunnen zeggen, dat de beslissing in het burgerlijk geding betreft dezelfde rechtsvraag, welke in het strafvonnis werd beslist, de vraag nl. of de daad werd gepleegd en of de verdachte daaraan schuldig is, welke beslissing den onmiddellijken grond van de veroordeeling uitmaakt en blijkens art 211 Strafv. tot de punten van beslissing behoort, zoo kan aan het tweede vereischte „dat het geding tusschen dezelfde partijen moet zijn gevoerd" niet worden voldaan. Immers het is hier altijd het O. M. dat de straf vordert voor den strafrechter, terwijl, op grond van 't gepleegde feit, tegen den door den strafrechter veroordeelde, door een bijzonder persoon voor den burgerlijken rechter wordt geageerd. En toch zijn er gewichtige overwegingen aan te voeren, welke het onraadzaam maken het door den strafrechter uitgemaakte feit wederom aan het oordeel van den burgerlijken rechter te onderwerpen, als had de strafrechter niets beslist. Hoe? waar de strafrechter het schuldig uitsprak en op grond daar-

van besliste over vrijheid, goed of eer, zal daar de burgerlijke rechter om eene schadevergoeding toe te wijzen, oordeelen alsof niets was voorgevallen? zal de door den strafrechter veroordeelde tegenover de actie tot schadevergoeding kunnen beweren, dat er omtrent de waarheid van het door hem gepleegde feit niets is uitgemaakt? Het ware het gezag des strafrechters, der rechtspraak in 't algemeen, in discrediet brengen tot groot nadeel van de maatschappij. Maar, als dan bij den burgerlijken rechter toch eens bleek dat de strafrechter, verkeerd ingelicht, ten onrechte veroordeelde, moet dan de burgerlijke rechter, tegen de evidentie in, de juistheid van des strafrechters uitspraak aannemen en, op het uit diens vonnis voortspruitende onrecht voortbouwende, den ten onrechte tot straf veroordeelde ook nog schadevergoeding opleggen? Ook dit ware niet de geschikte weg, langs welken de eerbied voor de rechtspraak bevorderd wordt.

Belangrijk is de strijd, die indertijd in Frankrijk, onder den Code, waarin 't vraagpunt niet opzettelijk beslist werd, gevoerd is door MERLIN, Rép. chose jugée, § XV en TOULLIER X, n°. 240 vv. (Uit een ander oogpunt wordt deze vraag beantwoord door ENDEMANN Die Folgen freier Beweisführung im Civilprozesse in Archiv. f. d. Civ. Prax. XLI. bl. 333.)

De gronden, welke voor het gezag van het gewijsde in strafzaken pleiten, gaven MERLIN aanleiding tot de stelling: „le criminel l'emporte sur le civil" en, bij gemis aan eene andere wettelijke bepaling dan die in art. 1351 C. C. (art. 1954 B. W.) over de kracht van het rechterlijk gewijsde voorkomt, meende hij zijne stelling zelfs goed te kunnen maken met de inderdaad wanhopige redeneering (een ware „saut périlleux") dat ook in het strafproces dezelfde rechtsvraag tusschen d e z e l f d e partijen werd beslist, vermits het O. M., voor den Staat optredende, alle ingezetenen en dus ook den in het burgerlijk geding optredenden bijzonderen persoon vertegenwoordigde! Voor onzen wetgever werd eene opzettelijke beslissing van te meer belang, nadat hij den regel had aangenomen: „le criminel tient le civil en état" in art. 4 Strafv. en vooral toen hij daarnaast, alleen in de gevallen bij de wet voorzien (en deze zijn zeer beperkt), de rechtsvordering tot vergoeding van schade door een misdrijf veroorzaakt, bij den strafrechter toeliet, art. 3 Strafv., art. 44 en 56 R. O. Na overweging van den in Frankrijk gevoerden strijd sloeg onze wetgever een middenweg in, die alle belangen het best scheen

te vereenigen. Geen minachting van de uitspraak des strafrechters als hadde deze niets beslist: dus zijne beslissing aangenomen als afdoend bewijs voor het plegen van de daad door den daaraan schuldig verklaarde; maar geen onomstootelijke kracht van waarheid, indien bewezen kan worden dat hij dwaalde, dus behoudens tegenbewijs. Volkomen bevredigend is deze uitslag nog niet, gelijk dat gewoonlijk met bemiddelende meeningen gaat. In Frankrijk heeft het gevoelen van MERLIN meer aanhangers gevonden dan dat van TOULLIER. (Zie BONCENNE IV, p. 43 vv. en MANGIN de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle 2e ed. II, p. 377 vv.) maar later heeft men art. 1351 buiten het debat gesteld en heeft de vraag beslist met het oog op het onderscheid van de taak aan den strafrechter en die aan den burgerlijken rechter opgedragen. Den strafrechter behoort uitsluitend de bevoegdheid om over het al of niet bestaan van strafbare feiten en de schuld des beklaagde uitspraak te doen. De burgerlijke rechter zoude buiten zijne bevoegdheid treden, wanneer hij wat de strafrechter als waar had aangenomen als niet waar aannam en omgekeerd. Maar hem verblijft het oordeel over de burgerlijke rechtsbetrekking, welke uit het aangewezen feit kan ontstaan en daarmede over de vraag of er schadevergoeding verschuldigd is en tot welk bedrag. GARSONNET III § 474 en de schrijvers in nt. 25 aangehaald. In de volgende § § wordt door dezen schrijver de invloed van het vonnis van den strafrechter op de burgerlijke rechtsbetrekking uitvoerig ontwikkeld.

Behoudens tegenbewijs. Degene die de onjuistheid van het vonnis beweert, zal dus daarvoor bewijs moeten leveren. VOORDUIN V, bl. 528 vv.

Waar het echter geldt het bewijs van overspel, om op grond daarvan echtscheiding of scheiding van tafel en bed te doen uitspreken, gaat de wetgever verder. Het strafvonnis levert dan voor het gepleegde feit volledig bewijs op, waartegen tegenbewijs is uitgesloten, zoodat op de overlegging alleen van het vonnis waaruit van een begaan overspel blijkt, de echtscheiding of de scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken, art. 265 en 301 B. W. De afkeer van de hervatting van een schandaalmakend proces bewoog den wetgever tot deze versterking der bepaling. Dat de bepaling, volgens welke de echtscheiding ook op de overlegging van het strafvonnis uitgesproken wordt, wanneer zij gevorderd wordt op grond van veroordeeling wegens misdrijf tot eene vrijheidsstraf van vier jaren of langer (art.

265 j°. 264 n°. 3) geene uitzondering op art. 1955 is, blijft voldoende uit de overweging, dat hier niet het bewijs van een gepleegd feit, maar van eene veroordeeling moet geleverd worden, welke alleen uit een vonnis kan blijken. Intusschen heeft de wetgever door de bepalingen omtrent het overspel thans in het Strafwetboek opgenomen eene belangrijke wijziging in het Burgerlijk Wetboek gebracht. Want volgens de bij de wet van 15 Januari 1886 n°. 6 vastgestelde lezing van art. 241 Swb., kan niet alleen geene strafrechtelijke vervolging wegens overspel plaats hebben dan op klacht van den beleedigden echtgenoot, maar wordt ook aan de klacht geen gevolg gegeven zoolang niet het huwelijk door echtscheiding is ontbonden of het vonnis waarbij scheiding van tafel en bed is uitgesproken, onherroepelijk is geworden. De strafrechter mag derhalve van het strafbare feit van overspel geen kennis nemen voordat dit in het burgerlijk geding tot echtscheiding tot klaarheid is gebracht om daaraan het burgerrechtelijk gevolg te verzekeren. Geschiedt dit in het burgerlijk geding niet, dan wordt naar het strafbaar gestelde feit door den strafrechter geen onderzoek gedaan. De openbare actie is hier dus niet alleen van eene klacht des beleedigden maar in hare berechting van der bijzondere personen willekeur afhankelijk. Doch het waren andere beschouwingen, welke hier den doorslag hebben gegeven en als men bedenkt dat aanvankelijk door de Regeering het overspel niet strafbaar was gesteld en dat het duitsche wetboek eene bepaling als art. 241 inhoudt, dan ligt daarin de verklaring van de uit een theoretisch oogpunt moeilijk te verklaren regeling. Intusschen staat dit vast dat art. 265 § 1 B. W. door art. 241 Swb. buiten toepassing is gesteld ook zonder uitdrukkelijke afschaffing. Art. 89 B. W. ofschoon door den wetgever als eene bepaling van openbare orde beschouwd (zie art. 145) kan daardoor ook licht buiten toepassing blijven.

Een vonnis van vrijspraak kan, volgens art. 1956, niet afdoen om eene vordering tot schadevergoeding af te weren bij den burgerlijken rechter. De redenen van staatsbelang, welke art. 1955 voorschreven, bestaan hier niet. Eene bepaling van het tegendeel ware zelfs hier geheel onjuist, vooral wanneer men vrijspraak in algemeenen zin, dus ook van ontslag van rechtsvervolging, moet verstaan. Is de vrijgesprokene niet schuldig verklaard aan de beweerde valschheid, de valschheid van het stuk kon daarom tegenover hem bij den burgerlijken rechter volgehouden en door dezen onderzocht worden.

Bestaat er geen strafbaar feit, datzelfde feit kan daarom wel eene onrechtmatige daad zijn. VOORDUIN t. a. p. bl. 531; ASSER, § 898. Mocht men meenen onder vrijspraak het ontslag van rechtsvervolging niet te mogen begrijpen, de beslissing der vraag blijft er dezelfde om, zoolang men in een vonnis, houdende ontslag van rechtsvervolging, niet kan aanwijzen de vereischten tot de res iudicata in art. 1954 gesteld, hetgeen wel niet mogelijk zijn zal. Uit het straks aan de toelichting ontleende voorbeeld betreffende de valschheid blijkt dat het artikel ook te beperkt gesteld is, als het zegt dat de vrijspraak niet afdoende is „om eene rechtsvordering tot schadevergoeding af te weren". Verg. DIEPHUIS IX, n°. 390 vv., Systeem, III bl. 269 v.

Gewijsde betreffende den staat der personen.

Het vereischte, dat het gewijsde tusschen dezelfde partijen moet gewezen zijn, vervalt ten aanzien van geschillen betrekkelijk den staat der personen.

Vonnissen, op zoodanige geschillen, gevoerd met dengene die wettiglijk bevoegd was om den eisch tegen te spreken („rendus avec le contradicteur légitime" art. 1963 W. 1830 fr. tekst), hebben kracht van gewijsde tegen elk en een iegelijk, art. 1957 B. W.

De uitzondering op art. 1954 is duidelijk. Het vereischte van dezelfde partijen vervalt. Het vonnis heeft kracht tegen elk en een iegelijk, ook die geen partij in het geding was, mits het gewezen zij tegen dengene die wettiglijk bevoegd was om den eisch tegen te spreken.

Deze bijzondere werking van de vonnissen betreffende den staat was in den Code niet geformuleerd; ook POTHIÉR sprak er niet van in zijn Traité des Oblig. t. a. p. Voor en na den Code werd zij evenwel door sommige rechtsgeleerden ook in Frankrijk geleerd en als gegrond in het rom. recht wilden zij die ook onder den Code aangenomen hebben. Onder hare voorstanders verdient vermelding TOULLIER X, n°. 216. De leer vond bestrijding bij MERLIN, Rep. v°. Question d'état § 3 art. 1 en 2: ZACHARIAE ed. AUBRY en RAU, ed. Brux. § 547; ook bij DEMOLOMBE V, n°. 307 vv. en bij LAURENT Principes de droit civil français t. XX, n°. 91 en het daar aangehaalde t. III, n°. 458, 463, en vooral n°. 487—493.

Onze wetgever heeft zeker op dezen strijd het oog gehad en het

door de meeste uitleggers van het rom. recht in vroeger tijd verdedigde gevoelen gevolgd, doch hij gaf zich geen heldere rekenschap van de bepaling. Toen in de afdeelingen der Tweede Kamer de uitlegging van het artikel gevraagd werd, antwoordde de Regeering met een voorbeeld. Indien, zeide zij, geen uitzondering voor dit geval gemaakt werd, dan zou b. v., indien in een rechtsgeding tusschen man en vrouw een huwelijk was nietig verklaard, een derde belanghebbende (b. v. een schuldeischer) de wettigheid des huwelijks kunnen staande houden op grond dat de nietigheid tusschen andere personen is uitgesproken, en alzoo iemand ongetrouwd zoude kunnen zijn ten opzichte van zijne zoogenaamde echtgenoot en getrouwd ten opzichte van derden". VOORDUIN V, op art. 1957. I.

Het voorbeeld is niet gelukkig gekozen. Want het is uit de bepalingen omtrent de nietigheid des huwelijks duidelijk, dat de wetgever den rechter hier als 't ware de taak opdraagt om dien toestand, het niet bestaan van het huwelijk, te scheppen. Afhankelijk van het rechterlijk vonnis wordt ook het niet bestaan van het huwelijk daardoor een toestand, die algemeen erkend moet worden, al werkt de uitspraak soms tot op het ontstaan van het huwelijk terug. De bepaalde aanwijzing van de personen die de nietigverklaring kunnen vorderen wijst daar evenzeer op en volgens art. 153 kan de nietigheid aan de rechten van derden alleen dan geen nadeel toebrengen, wanneer deze te goeder trouw met de echtgenooten hebben gehandeld. Als derhalve een schuldeischer te goeder trouw heeft gehandeld, dan gaat hem de nietigverklaring inderdaad niet aan en het nietigverklaarde huwelijk kan daarom door hem als geldig beschouwd worden.

Het gezag van het R. R. is echter zeer betwistbaar, omdat lang niet vaststaat dat de leer in het R. R. werd gehuldigd. Meermalen is op het niet afdoende der gewoonlijk daarvoor aangehaalde plaatsen l. 25 de statu hom. 1, 5; l. 1 § 16; l. 2, 3 pr. D. de agn. et al. lib. 25, 3 gewezen. VON SAVIGNY erkent, VI, bl. 472, de uitzondering voor twee bepaalde gevallen, waarvan slechts het eerste onder ons recht te pas komen, nl. de beslissing van het geschil over het vaderschap tegen het kind door den vader gevoerd, bij ons uitgelokt door de rechtsvordering tot ontkenning van 't vaderschap, action eu désaveu. Doch ook zonder de bepaling van art. 1957 zou wel naar ons recht de algemeene werking van dergelijke beslissing moeten erkend worden en toch zou daardoor de kracht van het vonnis niet buiten zijne grenzen worden uitgebreid. Immers de quaestie kan

alleen tusschen den vader of diens erfgenamen en het kind worden uitgemaakt. De erfgenamen hebben de vordering alleen, indien de vader overleed zonder zijn recht te doen gelden, in een bepaald geval. Maar dit is ook de eenige wijze waarop deze vraag uitgemaakt kan worden; is dat geschied dan moet zij ook afdoende en ten opzichte van elk en een iegelijk uitgemaakt zijn. Het vonnis tusschen den vader en het kind gewezen is het eenige middel om uit te maken dat het kind het kind van dien vader niet is.

In ieder geval, en al kon men zich op het gezag van het R. R. beroepen, moeten er bepaalde gronden voor de uitzondering zijn. De ondeelbaarheid van den staat, waarop ook het door de Regeering aangehaalde voorbeeld van het huwelijk wijst, is niet afdoende. Men vergeet, dat het vonnis formeele waarheid geeft en dat men hetzelfde argument voor alle hoedanigheden of rechtsbetrekkingen zou kunnen doen gelden. Men zou dan evenmin erfgenaam tegenover den een en niet tegenover den ander, noch eigenaar tegenover den een en niet tegenover den ander, kunnen zijn. — De zekerheid van den staat is een maatschappelijk belang en daarom moet herhaalde betwisting worden afgesneden. Maar als de kracht van 't gewijsde niet verhindert, dat men ook in andere betrekkingen aan herhaalde bestrijding van verschillende partijen blootstaat, waarom dan hier? In die andere gevallen weegt de zeer gegronde reden dat de eene belanghebbende het recht van een en ander niet buiten diens toedoen moet kunnen verwerken. Waarom dit wel hier? Dit bezwaar is gevreesd en de oplossing daarvan meende men te vinden in den eisch dat het geding moet gevoerd zijn met dengene die wettiglijk bevoegd was den eisch tegen te spreken. Dit is dan de zg. justus of legitimus contradictor, „le contradicteur legitime", zooals de fr. tekst van art. 1963 W. 1830 luidde. Maar daarmede is de moeilijkheid niet uit. Als de wetgever met name had aangewezen de personen door en tegen wien vorderingen betreffende den staat moesten worden ingesteld, zooals bij de vordering tot ontkenning van de wettigheid van een kind, dan ware 't nog uit te maken, maar nu? Die legitimus contradictor moet wel, volgens de leer, de voornaamste en naaste belanghebbende zijn; maar is 't al uit te maken wie dat in ieder geval zij, nog wordt daardoor niet gerechtvaardigd dat hij 't geschil onherroepelijk voor alle anderen mag doen uitmaken. Want, al heet hij de naaste belanghebbende, hij behartigt daarom het belang van allen niet het best en de fictie, die hem als den vertegenwoor-

diger van alle anderen doet beschouwen, mag wel eene enorme fictie heeten. Opmerking verdient ook dat, juist ten gevolge van deze regeling, kan gebeuren wat de ondeelbaarheid van den staat en de zekerheid van den staat zouden verbieden, zooals 't geval is wanneer niet de naaste belanghebbende of niet alle naasten in het geding waren betrokken. Dan zal tegen de niet mede procedeerenden het vonnis niet gelden, tegen de anderen wel. Zie het voorbeeld bij ASSER, Vergelijking § 899 a, h. e. bl. 613. Had de wetgever de openbaarmaking van eene vordering betreffende den staat voorgeschreven en voorts de openbaarmaking van het vonnis met een recht van verzet voor belanghebbenden, gedurende een bepaalden termijn, zooals bij de scheiding van goederen, de meer algemeene kracht van het vonnis had van die voorschriften afhankelijk gesteld kunnen worden en vele moeilijkheden waren dan afgesneden. Zie BINNERTS, bl. 254—285. Intusschen, wanneer men tot eene nadere bepaling in de wet van dien zg. legitimus contradictor wil overgaan, of het hier aangegeven stelsel van openbaarmaking in wettelijke bepalingen gaat uitwerken, blijken de zwarigheden grooter dan het resultaat dat men bereikt. En zoo kwam de Staatscommissie tot herziening van het Burg. Wetb. tot het besluit dat het beter ware de bijzondere bepaling van art. 1957 te schrappen. Zie het Ontwerp van B. I. en de toelichting op art. 291. Ik vereenig mij volkomen met dit voorstel.

Bij gebrek van eene uitdrukkelijke wetsbepaling wordt in Frankrijk nog wel op de ondeelbaarheid van den staat een beroep gedaan doch de beslissing der vraag meerendeels afhankelijk gesteld van deze andere: of de uitspraak tegenover een contradicteur légitime is geweest, ofschoon de leer zelve tot veel verschil van meening aanleiding geeft. Zie den tegenwoordigen stand der quaestie in wetenschap en rechtspraak bij GARSONNET III § 466 n[t]. 10.

Bij de vaststelling van art. 1957 werd gewezen op een strijd van dit artikel met art. 72 B. W., volgens hetwelk de uitspraak op het verzoek tot verbetering of aanvulling van de registers van den burgerlijken stand alleen geldig is tusschen de partijen welke dezelve hebben verzocht of te dier gelegenheid zijn opgeroepen. Met eene zonderlinge redeneering trachtte BEELAERTS v. B. (VOORDUIN V, bl. 538) de beweerde tegenstrijdigheid op te lossen. Wie zal er aan twijfelen, dat iemand door de verbetering van zijn naam in de acte

van den burgerlijken stand niet kan ophouden schuldenaar te zijn krachtens eene verbintenis die hij met zijnen nog niet verbeterden naam teekende? Maar dit zal evenmin het geval zijn als hij, zich gedragende als het kind van A. toen hij schuldenaar werd, later bij vonnis werd verklaard te zijn het kind van B. Het is duidelijk dat tusschen art. 1957 en 72 onderscheid is in de gevallen daarbij voorzien. Er zou slechts sprake kunnen zijn van een strijd in beginsel. Ook dezen ontdek ik niet. Maar waarom niet aan het verbeterende vonnis de kracht gegeven welke de registers zelve hebben? In ieder geval is art. 72 niet goed gesteld. Art. 100 C. C. zeide beter: dat die vonnissen aan derden niet kunnen worden tegengeworpen, aan derden geen nadeel kunnen toebrengen.

BOEKDRUKKERIJ voorheen E. J. BRILL, LEIDEN.